Die

Servitutenconfusion.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde,

der juristischen Facultät

der Universität Erlangen

eingereicht

von

Hans Hoche

aus Freienwalde a O.

Freienwalde a. O.

Emil Pilger's Buchdruckerei.

1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0088

Der lieben Mutter.

Die Servitutenconfusion.

§ 1. I. a) Begriff der Servitutenconfusion.
§ 2. b) Ihre regelmässige Wirkung.
§ 3. c) Grund dieser Wirkung.
§ 4. II. Die sogenannte Reviviscenz der confundierten Servitut.
§ 5. III. Ausnahmen von der regelmässigen Wirkung der Confusion.
§ 6 a) Die Servitut ist durch eine Anlage gekennzeichnet (richtiger Ansicht nach keine Ausnahme).
§ 7. b) Die Confusion beim Erbschaftsantritt cum beneficio inventarii.
§ 8. c) Die Confusion in der Fideikommisslehre.
§ 9. d) Ein Miteigentümer des herrschenden Grundstücks erwirbt das dienende. Consequenzen.
§ 10. e) Der Fall der l. 31 D. de S. P. R. 8, 3.
§ 11. f) Die confundierte Servitut unterlag einem Pfandrecht.

§ 1.

Begriff der Servitutenconfusion.

Mit dem Ausdrucke confusio bezeichnet man in der Rechtsterminologie zwei verschiedene juristische Thatsachen.

In der Lehre vom Eigentumserwerb liegt confusio vor, „wenn[1]) Sachen verschiedener Eigentümer ohne Übereinkunft, es sei einseitig von dem Eigentümer der einen Sache allein oder von einem Dritten oder durch blossen Zufall mit einander vermischt werden und nicht wieder von einander zu scheiden sind."

Eine andere Bedeutung hat confusio in der Lehre vom Untergang der Rechte. Wenn eine Berechtigung und die ihr entsprechende Verpflichtung in einer und derselben Person zusammentreffen oder, wie man auch gesagt hat,[2]) wenn die aktive und passive Seite eines Rechtsverhältnisses in derselben Person zusammenfallen, so spricht man gleichfalls von einer confusio.[3]) Die Bedeutung, die confusio in dem zweiten angegebenen Falle hat, interessiert hier allein und zwar nur insoweit, als sie in der Servitutenlehre in Frage kommt.

Die Lehre von der Servitutenconfusion ist in der civilistischen Litteratur des 17. und 18. Jahrhunderts vielfach behandelt worden. Zahlreiche Schriften,[4]) unter denen die bekannteste und am besten geschriebene die in Lauterbachs dissertationes academicae[5]) befindliche Abhandlung ist, behandeln, etliche von ihnen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der confusio obligatorischer Rechtsverhältnisse, den vorliegenden Stoff. Das Bestreben, die in den römischen Quellen

---

[1]) Arndts Lehrbuch der Pandekten, 11. Aufl. Stuttgart, S. 257.

[2]) Ihering, passive Wirkungen der Rechte in Ihering's Jahrbücher, Bd. 10.

[3]) Vgl. darüber Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 9, S. 353. bis 355. Heimbach, Rechtslexikon, Bd. 3, S. 19.

[4]) So Schröter, de consolidatione, Jenae 1670, a Culpis, de consolidatione, Argentorati 1705, Baur, de consolidatione Marburgi 1706. Bastineller, de confusione Vitemb. 1750 u. v. a.

[5]) Tubingae 1777.

gegebenen, verschiedenartigen und teilweise recht interessanten Confusionsfälle theoretisch zu verarbeiten, macht sich schon in früher Zeit bemerkbar. Die Resultate finden sich gesammelt und gesichtet bei Glück.[6])

In der Behandlung der Lehre datiert ein neuer Aufschwung, welcher sich freilich nur auf einzelne Materien und zwar hauptsächlich auf die eigentümlichen Verhältnisse bei der Niessbrauchsverpfändung erstreckt, von der Zeit her, wo man begann, das Pfandrecht einer neuen kritischen Beleuchtung zu unterziehen. Männer, wie Sohm, Windscheid, Ihering, Exner, Kohler, Pfaff[7]) haben die Lehre in dieser Beziehung bedeutend gefördert.

Eine Zusammenstellung und Erörterung der Gesamtergebnisse ist, wenn man absieht von der Friedmannschen Abhandlung[8]) „die Wirkungen der confusio", die hauptsächlich die Confusion der obligatorischen Rechtsverhältnisse behandelt, meines Wissens nicht erfolgt und soll mit dem Folgenden versucht werden.

Confusio heisst in der Lehre von den Servituten die Vereinigung von Eigentum und Servitutberechtigung in einer Hand. Die Römer wenden für die gleiche juristische Thatsache noch einen andern Ausdruck an, consolidatio, jedoch mit der Einschränkung, dass sie ihn hauptsächlich zur Bezeichnung des Zusammentreffens von Niessbrauch und Eigentum gebrauchen. Das Wort consolidatio ist nach Heimbach[9]) durch den Sprachgebrauch der römischen Juristen, die jedes nicht durch Servituten beschränkte Eigentum „solidum dominium" nannten, entstanden. Jedoch verfuhr man in Anwendung der beiden Ausdrücke confusio und consolidatio nicht völlig konsequent; auch das Zusammentreffen von Niessbrauch und Eigentum bezeichnete man mit confusio.[10]) Man kann daher die Consolidationsfälle gänzlich den Confusionsfällen unterordnen.[11])

---

[6]) Glück a. a. O. Bd. 9, S. 353—360, Bd. 10, S 261—263.

[7]) Sohm, Lehre vom subpignus Rostock 1864 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 7 Aufl. Frankfurt 1891. Ihering a. a. O. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. Leipzig 1873. Kohler, pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882 Derselbe, gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883. Pfaff, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 1 über Exners Kritik.

[8]) Greifswald 1884, a

[9]) Heimbach a. a. O. Bd. 3, S. 19.

[10]) l. 4 D. 7, 9.

[11]) Wenigstens wird im Folgenden für beide Fälle der Ausdruck „Confusion (confusio)" gebraucht werden.

§ 2.

Ihre regelmässige Wirkung.

Die regelmässige Wirkung der Confusion ist die, dass die konfundierte Servitut erlischt[12]) arg: l. 30 D. d. S. P. U. 8, 2. Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque est servitus. § 3. I. de usufructu 2, 4 Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit, quae res consolidatio vocatur.

Wie die letzte Stelle deutlich besagt, muss mit der Servitutberechtigung wirklich das Eigentum zusammengetroffen sein, es würde daher eine Confusion nicht vorliegen, geschweige denn, dass ihre Wirkungen eintreten, wenn beispielsweise gleichzeitig am herrschenden wie am dienenden Grundstück nur ein Niessbrauch erworben wird. arg. l. 30 § 1 i. f. D. d. S. P. U. 8, 2.[13]) Ebensowenig geht die Servitut durch Confusion unter, wenn nur scheinbar das Eigentum mit der Servitutberechtigung sich vereinigt. arg. l. 57 D. de serv 7, 1.

§ 3.

Grund der Confusionswirkung.

Eine Erklärung für den Untergang der Servitut durch Confusion ist nicht ganz leicht zu finden. Die mangelhafte Begründung seitens der römischen Juristen erschwert ein richtiges Verständnis und öffnet

---

[12]) Gleich, ob die Confusion die Folge einer Singular- oder einer Universalsuccession war.

[13]) Eine Confusion ist ebenfalls nicht anzunehmen, wenn der Niessbraucher das der niessbrauchpflichtigen Sache dienende (bezw. über dasselbe herrschende) Grundstück erwirbt. Das deutsche Recht kennt ähnliche Rechtsverhältnisse: Es erwirbt z. B. der Besitzer des Lehngutes ein dem Lehngut dienstbares Allodialgrundstück. Vgl. Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts 2. Aufl. Berlin 1883, Bd. 2, S. 213|14. Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen, 2. Aufl. Dresden und Leipzig 1836—37, S. 76, der übrigens fälschlich annimmt, dass die Servitut für den Vasallen erlischt. Ihering a. a. O. S. 451.

falschen Auffassungen Thür und Thor. So gehen einige Schriftsteller[14]) unter Berücksichtigung des Quellenausspruches „nulli res sua servit“ von der Ansicht aus, dass die Servitut als ius in re aliena[15]) nicht anders zu bestehen vermöge als an fremden Sachen, daher untergehen müsse, sobald die servitutberechtigte und servitutpflichtige Sache in eine Hand kämen. Eine derartige Auffassung der Alienität ist zu verwerfen. „Ist es nämlich wahr, sagt Strohàl[16]) über diesen Punkt, dass das Wesen der Servitut in einer unmittelbaren, rechtlichen Herrschaft über die res serviens besteht, ist es wahr, dass der Eigentümer der res serviens dem Berechtigten nicht anders gegenübersteht wie jeder beliebige Dritte, dass sich somit die dem Eigentümer der res serviens zufolge der bestehenden Servitut obliegende Verpflichtung zum pati oder non facere in keiner Weise von der auch jedem Dritten zufolge allgemeiner Bürgerpflicht obliegenden Verpflichtung zur Unterlassung jeden Eingriffs in das dem Servitutberechtigten zustehende dingliche Recht unterscheidet, und ist es endlich zum Wesen der Servitut nicht erforderlich, dass die res serviens überhaupt in jemandes Eigentum steht,[17]) dann muss es für das Wesen der Servitut auch gleichgiltig sein, wer zufällig gerade Eigentümer der res serviens ist.“ Es ist nicht notwendig, aus dem Satze nulli res sua servit zu schliessen, dass die Römer sich einen andern Begriff von der Alienität gebildet haben. Die kurze, sprichwörtliche Form des Satzes und seine Stellung in der lex, welche ihn enthält,[18]) legen die Vermutung nahe und lassen sie fast gewiss erscheinen, dass man es mit keinem absoluten Rechtssatz, vielmehr mit einer blossen regula iuris zu thun habe; und diese besitzen ja, wie bekannt, für die Erkenntnis des römischen Rechts nur einen recht zweifelhaften Wert.[19])

---

[14]) Caepolla: Tractatus de servitutibus Sansanae 1737, S. 527. von Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Aufl. Leipzig 1857, Bd. 2, S. 261 u. v. a.

[15]) l. 1 D. de serv. 7, 1 bezeichnet ausdrücklich den ususfructus als ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

[16]) Strohàl, die Eintragungstheorie in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 4, S. 489.

[17]) Dies ist in Uebereinstimmung mit Dernburg, Pand. 4. Aufl. Berlin 1894, S. 614, anzunehmen.

[18]) l. 26 D. de S. P. U. 8, 2 in re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere quominus alter faciat: nulli enim res sua servit. etc.

[19]) Hartmann, Rechte an eigener Sache in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 92 f.

Ihering in[20]) seiner Schrift „passive Wirkungen der Rechte" findet den Grund des Untergangs der Servituten bei eintretender Confusion[21]) in der Erwägung, dass das Recht nicht um seiner selbst willen, sondern eines Zweckes wegen da sei; dieser Zweck liege, so meint er, in den Bedürfnissen, Interessen, Zielen des Subjektes (welches übrigens nicht bloss das augenblickliche zu sein braucht). Sei der Zweck erfüllt (bezw. vereitelt), so liege kein Grund für eine Fortexistenz des Rechtes vor, das Recht gehe dann unter.

Eine ähnliche Anschauung vertritt Elvers,[22]) dem man bis zu einem gewissen Punkte voll beistimmen darf. Elvers geht davon aus, dass der Servitut, sobald Confusion eingetreten ist, ein wesentliches Requisit fehle, die Nützlichkeit. Die Servitut, sagt er, vermöge dem Eigentümer keinen andern Vorteil zu verschaffen, als solchen, den er sich schon vermöge seines Eigentums verschaffen könne. Elvers geht darin zu weit, dass er der Servitut die Nützlichkeit gemeinhin in jedem Falle einer Confusion abspricht. Denn es sind Fälle nicht allein denkbar, sondern auch praktisch, wo ein Bestehenbleiben der Servitut trotz Eintritts der Confusion von Vorteil ist; richtiger Ansicht nach geht die Servitut auch alsdann nicht unter.

§ 4.

Die sogenannte Reviviscenz der confundierten Servitut.

Der Regelfall bei Eintritt der Confusion ist also, dass die Servitut erlischt. Ist nun die Vernichtung der Servitut eine definitive oder wird sie nicht, wenn der die Confusion herbeiführende Akt durch eine neue juristische Thatsache wieder aufgehoben wird, auf irgend eine Weise wieder existent? Dies ist eine weitere in der Litteratur hin und her erwogene und recht verschieden beantwortete Frage.

Ein älterer Schriftsteller Simon van Leeuwen[23]) nimmt ein regelmässiges Wiederaufleben der Servitut (wenigstens bei Aufhebung der

[20]) Ihering a. a. O., S. 387 ff.

[21]) Er behandelt freilich diesen Rechtsaufhebungsgrund nicht allein.

[22]) Elvers, die römische Servitutenlehre. Marburg 1856, S. 125|26.

[23]) Leeuwen censura forensis, 3. Aufl. Amstelodami 1685, S. 117.

Confusion von Prädialservituten) an.[24]) Andre halten den Gegensatz zu jenem, die Vernichtung, welche die Servitut durch Eintritt der Confusion erleidet, für eine totale.

Andre[25]) wiederum, besonders energisch Glück, vertreten eine Mittelmeinung. Sie unterscheiden, ob die Confusion durch Erwerb eines bloss temporären, oder eines beständigen Eigentums eingetreten war. Nur im letzteren Falle halten sie die Vernichtung für eine definitive, während sie andernfalls die Servitut wieder aufleben (wieder erwachen) lassen.[26]) Die Frage danach, wann denn das Eigentum seitens des Servitutberechtigten als ein beständiges und wann als ein temporäres erworben sei, veranlasst einen neueren Schriftsteller, Molitor,[27]) eine Ergänzung der genannten Einteilung vorzunehmen. Er unterscheidet: a) La propriété est censée acquise temporairement, et la confusion n'aura que des effets temporaires, lorsque la cause, qui fait cesser la réunion des deux propriétés ou de l' usufruit et de la propriété dans la même main, est ou renfermée dans l'acte même de la réunion ou antérieure à cet acte b) La propriété est censée acquise perpétuellement et la confusion aura des effets définitifs, lorsque la séparation des deux droits, qui avaient été réunis, a une cause particulière et étrangère à l'acte, qui avait opéré la réunion.

Ein streng logisches Denken nötigt dazu, die Ansichten Leeuwens und Voets und seiner Anhänger insofern als unrichtig zu verwerfen, als von einem „Wiederaufleben oder Wiedererwachen" (Molitor: revivre, se rétablir) der Servitut nicht die Rede sein kann. Denn was einmal untergegangen ist, ist vernichtet und keine Macht des Himmels vermöchte es zum Leben wieder zu erwecken.[28]) Wohl aber kann das Recht an die Stelle untergegangener Rechtsverhältnisse

[24]) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 10, S. 261. Matthiä Controversenlexikon des römischen Civilrechts, Bd. 1, S. 310.

[25]) Schoepf, de reviviscentia inrium extinctorum.
Glück a. a O
Lauterbach a. a. O.
Voet: Commentarius ad pandectas. Coloniae Allobrogum 1769 u. v. a.

[26]) Dem Ausdrucke reviviscere (Wiedererwachen) entsprechend leugnet Bauer (responsa ad quaestiones dubias, Leipzig 1801, Bd. 2, S. 69) überhaupt, dass die Confusion bei temporärem Eigentumserwerb vernichtet; aber mit Unrecht.

[27]) Molitor, la possession et les servitudes, 2. Aufl. Gand 1868, S. 440.

[28]) Vgl. die bekannte l. 98 D. de sol. et liberat. 46, 3; schon Anton Faber (de erroribus pragmaticorum Lugduni 1598, S. 618) weist darauf hin.

neue setzen, welche von dem alten Inhalte erfüllt sind und die dann — das soll nicht geleugnet werden — äusserlich den untergegangenen völlig gleichen.

Doch selbst wollte man annehmen, dass die genannten Schriftsteller sich nur ungenau ausgedrückt und vielleicht das richtige gemeint haben,[29]) wird sich dann erstlich Leeuwens Ansicht aufrecht erhalten lassen? Die von jenem citierten Quellenstellen l. 2, § 19 D. de her. vel act. vend. 18, 4, l. 9 D. comm. praed. 8, 4, l. 18 D. de serv 8, 1 sprechen ja wohl von einem restitui bezw. iterum imponi, sie haben jedoch nur ganz bestimmte Rechtsverhältnisse im Auge und wollen ganz und gar nicht eine allgemeine, die Servitutenconfusion betreffende Regel statuieren. Zudem sprechen eine ganze Reihe von Quellenstellen, besonders aber die schon oben citierte l. 30 D. de S. P. U., 8, 2[30]) die mit den Worten endigt: et si rursus vendere vult (sc. aedes) nominatim imponenda est servitus, alioquin liberae veneunt, in klarer und überzeugender Weise dafür, dass im Regelfall die Servitut erloschen bleibt.

Schoepf,[31]) der behauptet, dass die Vernichtung der Servitut stets eine totale sei, übergehe ich; hat er doch insoweit Recht, als ein Wiederaufleben oder ein Wiedererwachen untergegangener Rechtsverhältnisse als unmöglich angesehen werden muss.

Was endlich die Glücksche Theorie von den wieder auflebenden Servituten anbetrifft, so lässt sie sich in der Gestalt wohl nicht mit Erfolg verfechten. Denn einmal ist die Einteilung, die man angenommen hat, viel zu eng — wenn sie überhaupt richtig ist —. Zahlreiche Fälle finden sich, bei denen die infolge der Confusion erloschene Servitut, wenn auch nicht gerade wieder auflebt, so doch ihrem früheren Inhalt gemäss wieder hergestellt werden muss, ohne dass man von Erwerb eines nur temporären Eigentums sprechen könnte. Es sei hier nur an die Restitution der confundierten Servitut bei der emptio venditio hereditatis erinnert.

Andrerseits giebt es Fälle, wo nur ein temporäres Eigentum erworben wird und wo trotzdem die Servitut nachher nicht wieder

---

[29]) Bei einigen der Schriftsteller dürfte diese Annahme gegründet sein.

[30]) Leeuwen führt die l. 30 cit. als eine Antinomie an.

[31]) Seine Abhandlung ist mir nicht zugänglich gewesen, so dass ich mich auf die Angaben von Glück Erläuterungen a. a. O. und Matthiae Controv. Lexicon a. a. O. verlassen muss.

ersteht. Eine berühmte und viel umstrittene lex,[32]) die l. 17 D. quib. mod. us. am. 7, 4 liefert dafür vollen Beweis. Sie sagt: Si tibi fundi ususfructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendenti conditione dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio exstiterit, pleno iure Titius fundum habebit; neque interest, quod detracto usufructu proprietas legata sit: enim dum proprietatem acquiris, ius omne legati ususfructus amisisti.

Dem A ist der Niessbrauch an einer Sache, dem B die Sache selbst deducto usufructu, aber unter einer aufschiebenden Bedingung vermacht worden. Während des Obschwebens der Bedingung erwirbt A das Eigentum an der Sache, so dass sich in seiner Person der Niessbrauch consolidiert. Darauf wird die Bedingung existent. Was ist die Folge davon? Der Jurist entscheidet sich dahin, dass der B das volle Eigentum an der Sache erhält und A seines Niessbrauchsrechtes, das er doch nach Eintritt der Consolidation durch Ausnutzung des vollen Eigentumsrechts weiter genossen hat, verlustig geht. Der vorliegende Thatbestand würde unleugbar eine vortreffliche Illustration zu der Glückschen Theorie liefern, wenn — die Entscheidung nicht gerade umgekehrt ausfiele.

Der Widerspruch, der in der l. 17 cit. liegt, ist den Anhängern der Glückschen Ansicht wohl zum Bewusstsein gekommen. Voet[33]) ist der Meinung, dass die Entscheidung der l. 17 ex summo iuris rigore richtig sein möge, jetzt müsse ex aequitate anders entschieden werden; die l. 17 cit. sei insoweit obsolet. Ebenso spricht sich Molinaeus[34]) über die Bedeutung jener lex dahin aus, dass er die Servitut als wiedererwacht ansehen würde, sollte ihm der nämliche Thatbestand zur Entscheidung unterbreitet werden. Andere[35]) erklären die lex 17 cit. für eine Ausnahme; sie rechtfertigen ihre Entscheidung mit der Motivierung, dass der Niessbraucher doch offenbar gewusst habe, er werde bei Existentwerden der Bedingung die von ihm gekaufte Sache wieder verlieren. In ihren Ansichten, so verschieden

[32]) Vgl. hierüber Schilter, praxis iuris Romani, Leipzig und Jena 1677, S. 269. Huber, Eunomia Romana Franequerae 1700, S. 344,345 Mornacius, observationes, Paris 1721, S. 535. Voet a. a. O. S. 418. Rücker, observationes Lugduni Batavorum 1749, S. 136—138. Westphal, de lib. et servitutibus, Leipzig 1773, S. 646 f.

[33]) Voet a. a. O.

[34]) Molinaeus bei Huber a. a. O. S. 344.

[35]) z. B. Huber a. a. O. S. 344.

diese auch sein mögen, bestärkt sie die l. 57 D. de serv. 7, 1, die sich bei einem ähnlichen Thatbestande — nach ihrer Meinung wenigstens — für ein Wiederaufleben der Servitut erklärt.

l. 57 cit.: Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit; idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est; mansisse fructus ius integrum ex post-facto apparuit. A legiert dem B, welchem an dem, dem A gehörigen Grundstücke X der Niessbrauch zustand, das Grundstück X. Der B wird darauf gezwungen, das Grundstück X, nachdem die Erben des A dessen Testament mit der querela inofficiosi testamenti umgestossen haben, zu restituieren. Es stellt sich heraus, sagt der Jurist, dass das Niessbrauchsrecht unversehrt geblieben ist.

Die l. 17 auf jenen Fall zu beschränken, wo der Niessbraucher von dem Vorhandensein der Bedingung beim Ankauf der nuda proprietas Kenntnis gehabt hat, dazu liegt absolut kein Grund vor. Der Jurist spricht sich in ganz genereller Weise in jener lex aus. Noch weniger darf die Entscheidung „spinosa magis quam aequa“[36]) genannt werden, obwohl selbst eine Unbilligkeit für die Frage, um die es sich hier dreht, belanglos wäre. Denn sehr richtig ist schon von einem älteren Juristen[37]) bemerkt worden, dass der Niessbraucher, mochte er von der Bedingung in Kenntnis gesetzt sein oder nicht, stets gedeckt sein konnte. Während ihm in letzterem Falle gegen den Verkäufer eine Klage zustand, mochte er sich bei Kenntnis der Bedingung durch besondere Verabredungen mit dem Verkäufer sichern; andernfalls war es doch sein eigenes Verschulden, wenn er Schaden litt. Die l. 57 cit. tritt aber auch nicht der Entscheidung entgegen, welche der Jurist in der l. 17 cit. trifft; denn in l. 57 ist eine Confusion der Servitut überhaupt gar nicht erfolgt.[38]) (Dies ist schon in einem andern Zusammenhange behauptet worden.) Um es zu wiederholen, Vorbedingung zum Eintritt der Confusion ist allemal Zusammentreffen von Eigentum und Servitutberechtigung in einer Person. Da nun hier das Testament, welches durch die querela inofficiosi testamenti rescindiert ist, als nicht errichtet gilt, so müssen auch seine Wirkungen als nicht eingetreten, das Eigentum wie gar

---

[36]) Schilter a. a. O.

[37]) Rücker a. a. O.

[38]) darüber vorzüglich v. Bülow, Abhandlungen Braunschweig 1818, S. 109—112. Friedmann a. a. O. S. 10.

nicht auf den Niessbraucher übertragen angesehen werden; es war, wie Lauterbach[39]) treffend bemerkt, nur eine consolidatio de facto, non de iure, eingetreten.[40])

Ein gleicher Vorgang spielt sich bei einer ganzen Reihe von Rechtsverhältnissen ab, bei denen auf gegnerischer Seite gewöhnlich eine Confusion mit eventuellem Wiederaufleben der Servitut angenommen wird. Einer derselben, der seine Existenz prätorischem Einfluss verdankt, sei hier angeführt. Bekanntlich erwarben die sui, mochten sie durch Testament eingesetzt sein oder ab intestato erben, den Nachlass ihrer Ascendenten von Rechts wegen. Die Härte, welche eine etwaige Insolvenz des Nachlasses für die sui im Gefolge hatte, suchte das prätorischerseits eingeführte beneficium abstinendi[41]) zu mildern. Hiernach wurden die sui wie Nichterben behandelt, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist der Erbschaft entsagten (abstinierten). Hatte demnach der suus etwa eine Wegeservitut gegen den Erblasser — er besass vielleicht ein peculium castrense oder quasi castrense — so trat im Abstentionsfalle eine Confusion der Servitut im Augenblick des Todes des Erblassers nur scheinbar ein, denn in Wirklichkeit, so könnte man unter entsprechender Anwendung der Worte der l 57 cit. sagen, servitutem itineris integram mansisse expost facto apparuit.

Es liessen sich noch weitere Argumente gegen die Glücksche Einteilung angeben, doch kennzeichnen die angeführten wohl zur Genüge deren grosse Mängel.

Man hat vielmehr die Frage, ob die Servitut nicht unter Umständen trotz Confusion nach Aufhebung der Vereinigung irgend wie wieder zur Erscheinung komme — wenn überhaupt eine Einteilung gemacht werden soll — dahin zu beantworten, dass häufig auf Grund besonderer Thatumstände eine obligatorische Verpflichtung zur Wiederherstellung der Servitut oder, richtiger gesagt, zur Bestellung einer

---

[39]) Lauterbach a. a. O., S. 821.

[40]) So auch schon die Glosse ad legem 57 cit. hic tantum de facto fuit facta consolidatio, cum testamentum non valeat fictione iuris unde ususfructus extingui non potest.

[41]) Darüber Dernburg, Pand. III. Berlin 1892, S. 326. In seinem Pfandrecht Bd. 2, S. 590 Leipzig 1860 meint Dernburg, dass der Erwerb der Erbschaft seitens des suus ein civilrechtlich formeller sei, der vom prätorischen Recht ignoriert wird. Seuffert, prakt. Pand. R. Würzburg 1852, Bd. 2, S. 259.

neuen Servitut mit gleichem Inhalte[42]) entsteht, dass zweitens manchmal auch die Servitut nach Aufhebung der Vereinigung noch rechnungsweise in Betracht kommt. Weitere Fälle, die sich in der Glückschen Klassifikation finden, scheiden hier ganz aus, denn eine Vernichtung der Servitut infolge der Confusion hat nicht stattgefunden.[43])

Was nun die erstere Möglichkeit anbetrifft, so wäre zuerst die Wiederherstellung der confundierten Servitut bei der emptio venditio hereditatis zu erwähnen. Der Erbe verkauft die ihm zugefallene und von ihm angetretene Erbschaft an einen Dritten. Waren infolge seines Erbschaftsantritts Servituten, die der Erblasser gegen ihn hatte, durch Confusion erloschen, so muss er dieselben aufs neue bestellen. Denn er hat die Verpflichtung, den Käufer in Ansehung der Erbschaft so zu stellen, als ob jener selbst der Erbe gewesen sei. Die Quellenaussprüche lassen darüber auch nicht den geringsten Zweifel. l. 9 D. comm. praed. 8, 4 si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres extiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse (vgl. auch l. 2 § 19 D. de her. vel. act. vend. 18, 4).[44])

Wie verhält es sich beim bedingten Legat?[45])

Auch hier findet den Quellen zufolge eine Confusion der etwa zwischen Erblasser und Erben bestehenden Servituten statt; auch hier ist der Erbe bezw. der Legatar verpflichtet, sobald bei Existentwerden der Bedingung das früher dienende bezw. herrschende Grundstück an den Legatar fällt, die Servitut zu restituieren. Ist doch der Gedanke des Erblassers im Zweifel als darauf gerichtet anzusehen, dem Legatar die vermachte Sache in dem Zustande zuzuwenden, in dem sie sich zur Zeit seines Todes befand.[46])

---

[42]) Im folgenden wird übrigens, um Weitschweifigkeiten zu vermeiden, stets von Wiederherstellung geredet werden.

[43]) Windscheid a. a. O. Bd. 1, S. 648 behauptet, die confundierte Servitut könnte auch durch richterliche Verfügung wieder hergestellt werden.

[44]) Darüber bes. Avenarius (der Erbschaftskauf, Leipzig 1877) der hier sonderbarer Weise von einer formellen Confusion redet, v. Keller, Grundriss zu Vorlesungen, Berlin 1854—1858, S. 327.

[45]) Bezw. beim befristeten Legat; das weder bedingte noch befristete Legat berührt nicht die Confusionslehre, da wenigstens nach postjustinianeischem Recht eine Confusion infolge des direkten Überganges des Legats nicht eintritt.

[46]) Anders jedoch bei der Niessbrauchsconfusion cf. l. 26, l. 76 § 2 D. de leg. II.

Ein besonders eklatantes Beispiel, welches nicht nur den Untergang der Servitut bei Eintritt der Vereinigung, vielmehr auch die Verpflichtung zur Bestellung einer neuen inhaltsgleichen ausdrücklich bezeugt, findet sich in der Dotallehre. l. 78 pr. D. 23, 3 sagt: cum in fundo mariti habens mulier usumfructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur consecutus per dotem plenam fundi proprietatem non separatam usufructu, nec est quod non utendo maritus amittat.

Divortio autem facto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri.

Der Ehemann, der den Niessbrauch, welchen seine Ehefrau an seinem Grundstück hat, zur dos erhält, beherrscht von da an unbeschränkt sein Grundstück; er muss jedoch bei einer Ehescheidung den Niessbrauch restituieren.

Werden endlich dem indignus die durch den Antritt der Erbschaft confundierten und vernichteten Servituten wieder hergestellt? Im allgemeinen wird ihm ein Anspruch auf Restitution nicht zugebilligt, war er jedoch in Unkenntnis über den Grund der Indignität, so soll der Eripient verpflichtet sein, die confundierte Servitut wieder herzustellen.[47])

Eine rein rechnerische Verwertung finden die Servituten, nachdem sie durch Confusion erloschen, in der Lehre von der quarta Falcidia.

Bekanntlich steht dem Erben das Recht zu (nach Justinian nur dann, wenn der Erblasser nicht widerstreitende Anordnungen traf), zu verlangen, dass ihm der vierte Teil des Nachlasses frei von Legaten und anderen Belastungen bleibe. Um diesen vierten Teil des Nachlasses, die sogenannte quarta Falcidia, zu berechnen, soll der Erbe die Rechte und Verbindlichkeiten, dingliche wie persönliche, die zwischen ihm und dem Erblasser bestanden, berücksichtigen. Die Rechte sind infolge des Antritts der Erbschaft confundiert und vernichtet, sie bleiben auch vernichtet, es wird jedoch der Wert, den sie vor der Confusion hatten, bei Feststellung der quarta berücksichtigt.

[47]) Selbstverständlich hätte der Eripient stets einen Anspruch gegen den Indignus auf Restitution, sobald ihm (dem Eripienten) eigentlich zustehende Servituten erloschen wären.

Und so leben die Servituten nicht etwa wieder auf, sondern, als rechnerische Werte benutzt, vermehren bezw. vermindern sie die Quart des Erben.[48])

§ 5.

Ausnahmen von der regelmässigen Wirkung der Confusion.

Hat das römische Recht Ausnahmen von der Regel, dass die Confusion ein Erlöschen der Servitut im Gefolge habe, anerkannt, so dass unter Umständen das confundierte Recht während der Dauer der Confusion (natürlich in ruhendem Zustande) fortdauert?

Über diese Frage herrscht in der Litteratur grosse Meinungsverschiedenheit. Viele bedeutende Schriftsteller halten das „Dogma von der absoluten Zerstörungskraft der confusio“[49]) für durchgreifend und erkennen Ausnahmen hiervon nicht an. Ich zweifele daran, ob mit Recht. Soweit geht wohl keiner der Neueren mehr, dass er das Fortbestehen der Servitut neben dem Eigentumsrecht (den Begriff des sog. Rechtes an eigener Sache) für einen juristischen Nonsens erklärt. Denn nicht allein beweist eine einfache Überlegung, dass unter Umständen das Recht an eigener Sache dem Eigentümer Vorteile zu gewähren vermag,[50]) die ihm sein Eigentumsrecht nicht geboten hätte; auch die nackten Thatsachen sprechen für die Existenzberechtigung des Rechtes an eigener Sache. Man blicke nur in die neueren Gesetzbücher hinein und man wird sich überzeugen, dass diese in ausgiebigster Weise mit dem Begriff des Rechtes an eigener Sache operieren. Es soll aber auch nicht behauptet werden, dass die Neigung zu dieser Rechtsbildung bei den Römern besonders gross gewesen sei, geschweige denn, dass sie in der Hinsicht mit den modernen Rechten concurrieren könnten. Nur meine ich, dass die

---

[48]) Vgl. Ihering a. a. O., S. 448, der freilich nur von der Confusion der Forderungen und Schulden spricht; ferner aber auch von Jungenfeldt über das Pfandrecht an eigener Sache. Giessen 1827, S. 10, Dernburg, Pand. III, S. 200.

[49]) Ihering a. a. O., S. 450.

[50]) Vgl. Strohal a. a. O., S. 489.

Römer das Recht an eigener Sache ebenso wie die Jetztzeit gekannt haben und davon, wo es ihnen gut schien, Gebrauch gemacht haben. Was speziell die Servitutenlehre betrifft, so ist oben ausgeführt worden, dass die Servitut deshalb erlischt, weil ihr Fortbestehen zu nichts dienen würde. M. E. nun haben die Römer die Servitut in allen den Fällen fortexistieren lassen, wo der Inhalt der Servitut durch die Confusion noch nicht völlig erschöpft, wo sich dieselbe zu Gunsten anderer Rechtsverhältnisse noch nützlich erweisen kann.

Eine eingehende Prüfung der in der Litteratur citierten Fälle wird ergeben, ob und inwieweit in jedem einzelnen Falle von einer Fortexistenz der Servitut die Rede sein kann.

§ 6.

Die Servitut ist durch eine Anlage gekennzeichnet.

Von älteren Schriftstellern[51]) namentlich wird behauptet, es dauere die Servitut, wenn das herrschende und dienende Grundstück einen gemeinsamen Eigentümer erhalten, und die Servitut durch eine besondere Anlage gekennzeichnet ist, trotz der Confusion fort. Werde aber eines der Grundstücke wieder veräussert, so könne der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Servitut wie vor der Vereinigung wieder ausüben. Wenn die Quellen sich nicht ausreichend über diesen Fall äussern, so liegt das nach der Ansicht jener Schriftsteller daran, dass die Fortdauer der Servitut in der Natur der Sache begründet sei. Kori[52]) im besonderen beruft sich auf einige Entscheidungen der Juristen, die analoge Fälle behandelten, so auf l. 9 D. comm. praed. 8, 4, l. 2 § 18 D. de her. vel act. vend. 18, 4, l. 116 § 4 D. de leg. I, l. 18 D. de serv. 8, 1. Man nimmt wohl mit Unrecht eine Fortdauer der Servitut in diesem Falle an. Die von Kori citierten Stellen sind bekannt; es sind dieselben, die

[51]) Caepolla a. a. O., S. 527. Kori a. a. O., Bd. 3, S. 79. v. Holzschuher a. a. O., Bd. 2, S. 277.

[52]) Vgl. über Kori auch Stobbe a. a. O., Bd. 2, S. 214. Luden, Lehre von den Servituten, Gotha 1837, S. 177, der den nämlichen Fall behandelt, erkennt richtig, dass die Servitut als solche erloschen ist.

zum Beweise dafür angeführt wurden, dass häufig nach Vernichtung der Servitut durch Confusion eine Restitutionsverpflichtung entsteht Die Mitteilung des Wortlauts der l. 2 § 18 D. de her. vel act. vend. 18, 4, die von der Confusion obligatorischer Rechtsverhältnisse handelt, ergiebt unzweideutig, dass sie wenigstens nicht zum Beweise der Fortexistenz der Servitut angezogen werden durfte: Cum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit, und weiter nachher: sed si vendidit hereditatem, acquissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis obtinere et ideirco teneri venditori hereditatis sive quid in diem debeatur sive sub conditione et postea etc. Das Schuldverhältnis war völlig vernichtet, nur aus Äquitätsgründen entstand eine Restitutionsverbindlichkeit. Was die Berufung auf die Natur der Sache anbetrifft, so könnte m. E. doch nur behauptet werden, dass, wenn die die frühere Servitut kennzeichnende Anlage während der Zeit der Confusion nicht entfernt wird, wenn ferner bei der Trennung der beiden Grundstücke, mag sie geschehen wie sie wolle, in Ansehung der Servitut Bestimmungen nicht getroffen werden, dass dann die baulichen Anlagen den Servitutencharakter aufs neue annehmen.[53]) Lässt sich doch beispielsweise beim Verkauf der Wille der Kontrahenten, beim Testament der Wille des Erblassers leicht dahin auslegen, dass die thatsächlichen Lebensverhältnisse, die zwischen den Grundstücken bestanden, stillschweigend zu Rechtsverhältnissen erhoben werden sollen.[54])

---

[53]) Über die sog. servitus facto constituta, die mit dem besprochenen Fall nicht zu verwechseln ist, vgl. Rosshirt, Abhandl. Heidelberg 1837, Bd. 2, S. 641. Thibaut, System des Pandektenrechts, Jena 1834, Bd. 2, S. 285. Windscheid a. a. O., Bd. 1, S. 641.

[54]) Bemerkenswert ist die Behandlung des Falles im französischen Recht. Der Code civil sagt im Artikel 694: Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l' un des héritages saus que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d' exister activement on passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. Den Grundsätzen des französischen Rechts gemäss (Art. 705) ist die Servitut erloschen und wird stillschweigend neu bestellt; der Ausdruck „elle continue“ ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung für ungenau zu erklären. Vgl. Zachariae, Handbuch Bd. 1, S. 668–670 (8. Aufl. Freiburg 1894) Pardessus, traité des servitudes, Paris 1810, S. 519. Fuzier-Herman, Le code civil annoté, Paris 1855, S. 982—985, Bd. 1. Laurent, cours, Bruxelles — Paris 1878, Bd. 1, S. 507.

§ 7.

Die Confusion beim Erbschaftsantritt cum beneficio inventarii.

Zu einem positiven Ergebnis hinsichtlich des Bestehenbleibens der Servitut wird man in der Lehre vom beneficium inventarii gelangen. Das beneficium inventarii ist eine Schöpfung Justinians, der vermittelst desselben die unbeschränkte Haftung des antretenden Erben auf die von jenem überkommene Nachlassmasse beschränken wollte. Justinian bestimmte, dass die Erben in tantum hereditariis creditoribus teneantur in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant . . . . . et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant. Demgemäss sollte der Erbe auch nicht die Rechte verlieren, die beim Antritt der Erbschaft sonst der Confusion zum Opfer gefallen wären (ebenso wie er den Gläubigern des Erblassers alle die Verbindlichkeiten prästieren musste, von denen ihn sonst die Vereinigung der Vermögensmassen befreit hätte) [55]) So wenig nun wie das Bestehenbleiben der Rechte und so auch der Servituten bestritten wird, so sehr gehen die Meinungen darüber auseinander, ob denn überhaupt beim Erbschaftsantritt cum beneficio inventarii von einer Confusion geredet werden könne. Gehen doch einige Schriftsteller so weit zu behaupten, dass eine völlige Separierung der Vermögensmassen die Folge der Inventarserrichtung sei.

Eine richtige Auffassung scheint das nicht zu sein. Denn Zweck des Gesetzes ist doch nur, den Erben gegen zu weit gehende Ansprüche seitens der Gläubiger sicher zu stellen. Er darf sich freilich aus der Erbschaft nichts aneignen, ebensowenig darf er seinen eigenen Gläubigern

[55]) Über die Confusion beim ben. inv. vgl. hauptsächlich Dernburg, Pfandrecht a. a. O., Bd. 2, S. 590, der dieselbe eine unvollständige nennt; Windscheid a. a. O. Bd. 3, § 606, Anm. 14. Arndts a. a. O., S. 936. Lauterbach a. a. O. Bd. 1, S. 1966. Heimbach a. a. O. Bd. 1, S. 915. Brinz, Lehrbuch d. Pand. 2. Aufl. Erlangen 1873, Bd. 3, S. 211. Eine Confusion leugnen (Westphal, Lehre von den Vermächtnissen. Leipzig 1791, S. 185). Friedmann, a. a. O. S. 41|42. Westphal, von Vorlegung u. Eröffnung der Testamente, Leipzig 1790, S. 185. Mühlenbruch bei Glück a. a. O. Bd. 41, S. 380. Köppen, Lehrbuch d. heutigen röm. Erbrechts, Würzburg 1856, S. 212 u. 213. Schweppe, röm. Privatrecht 4. Aufl. Göttingen 1833, Bd. 5, S. 492.

Werte aus dem ererbten Vermögen, bevor nicht die Nachlassgläubiger selber befriedigt sind, zukommen lassen. Aber wenn Justinian den Erben ausdrücklich ermächtigt, zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger frei über den Nachlass zu schalten und zu walten, dann ist man wohl berechtigt, anzunehmen, dass der Nachlass gänzlich in dem Vermögen des Erben aufgegangen, und dass nur die Wirkungen der Confusion der zwischen Erblasser und Erben existent gewesenen Rechte und Verbindlichkeiten aufgehoben sind.

§ 8.

Die Confusion in der Fideikommisslehre.

Wie verhält es sich mit den Wirkungen der Confusion in der Lehre vom Universalfideikommiss?

Der Fiduciar, in dessen Eigentum das dienende Grundstück steht, soll das herrschende, welches zur Universalfideikommissmasse gehört, einem Dritten herausgeben.[56]) War die Servitut durch den Erbschaftsantritt des Fiduciars erloschen?

l. 73 D. ad. Sen. Treb. 36, 1 äussert sich darüber wie folgt: cum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent.[57])

Die Erklärung vorstehender lex ist infolge ihrer ungenauen Fassung im höchsten Grade streitig. Die Glosse[58]) begleitet „valent“ mit den Worten: extinctae quidem sunt aditione hereditatis et in restitutione hereditatis debent iterum imponi: und gleich ihr meinen viele, die Servituten seien infolge der Confusion erloschen, und der Universalfideikommissar erhalte einen Anspruch auf Wiederherstellung derselben.[59])

---

[56]) Analog ist der Fall, wo der Fiduciar das herrschende Grundstück zu Eigentum hat und das dienende restituiren soll. Vgl. übrigens S. 39, Anm. 2.

[57]) Rosshirt, Lehre von den Vermächtnissen. Heidelberg 1835, Bd. 1, S. 212 will dem Niessbraucher entsprechenden Falls Anspruch auf Restitution geben!

[58]) Glossa ordinaria zu lex 73 cit.

[59]) Lauterbach a. a. O. Büchel, Abhandlungen, Marburg 1836, S. 32 u. a. m.

Andere wiederum, die ebenfalls eine vernichtende Confusion annehmen, lassen die Servitut unmittelbar ipso iure wieder aufleben.[60]) Eine dritte Meinung erklärt sich endlich für einen Fortbestand der Servitut nach Eintritt der Confusion.[61])

Für die erste Ansicht möchte sprechen, dass bei den entsprechenden Verhältnissen des bedingten bezw. befristeten Legats die Römer unzweifelhaft eine Pflicht zur Wiederherstellung der Servituten anerkannt haben.

Man ist jedoch nicht gezwungen, in dem vorliegenden Fall in analoger Weise eine Restitutionsverbindlichkeit anzunehmen. Ein Moment ausserdem, auf das Ihering[62]) aufmerksam gemacht, darf nicht ausser Acht gelassen werden. Während das Legat sich darstellt als ein Gebilde des uralten römischen Rechts, von dessen tiefeingewurzelten Sätzen ohne zwingende Notwendigkeit abzugehen, den Römern fern lag, ist die Lehre vom Universalfideikommiss in einer Zeit entstanden, in der eine freiere Auffassung das Rechtsleben des römischen Volkes beherrscht. Hielt man es demnach beim Erbschaftsantritt des Fiduciars für richtig und angemessen, die ihm künftig zustehenden Rechte auf jede Weise zu sichern, so mochte man auch leicht dazu kommen, die nachteiligen Wirkungen der Confusion aufzuheben. Denn dass unter Umständen der Fortbestand der Servitut dem Universalfideikommissar vorteilhafter sein kann, als wenn ihm etwa das Recht zustände, die Wiederherstellung der Servitut verlangen zu können, möchte wohl keinem Zweifel unterliegen. Auch an ein unmittelbares Wiederaufleben der Servitut ist nicht zu denken, besonders wenn man die bekannte Entscheidung Julians in der l. 59 D. ad Sen. Treb. 36, 1 heranzieht. Dieser lex liegt folgender Thatbestand zu Grunde: Ein Schuldner setzt seinen durch Pfand gesicherten Gläubiger zum Erben ein und legt ihm auf, die Erbschaft an seine, des Schuldners Tochter, zu restituieren. Beim Tode des Erblassers

---

[60]) Für ein spontanes Wiederaufleben: Rosshirt, Lehre a. a. O. Bd 1, S. 212. Windscheid a. a. O. Bd. 3, S. 359. Vering, römisches Erbrecht, Heidelberg 1861, S. 87 u. S. 793. Molitor a. a. O. S. 441. v. Brinz a. a. O. S. 447.

[61]) Heimbach a. a. O. Bd. 4, S. 293 (der jedoch Bd. 10, S. 320 anderer Meinung ist) Francke civilist. Abhandl. Göttingen 1826, S. 98. Friedmann a. a. O. S. 11 (leugnet Confusion). Ihering a. a. O. 451. Vgl. auch Kohler, Abh. a. a. O. S. 310.

[62]) Ihering a. a. O.

weigert sich der Pfandgläubiger, die Erbschaft anzutreten und wird dazu erst auf Antrag der Universalfideikommissarin gezwungen. Da er nun für das Pfand keinen Käufer findet, verlangt er Eigentumszuschlag. Es ist die Frage, ob nicht infolge der Confusion das Pfandrecht untergegangen ist. Der Jurist entscheidet sich für die Erhaltung des Pfandrechts und setzt an die Stelle der untergegangenen Forderung eine naturalis obligatio: „remanet propter pignus naturalis obligatio." Mag nun die Erscheinung der naturalis obligatio so bestritten sein als möglich,[63]) das eine steht fest, dass der Jurist hier das Pfandrecht des Fiduciars unversehrt aus der vorübergehenden Berührung mit dem Eigentum des Fideikommissars hervorgehen lässt.[64])

Wenn beim bedingten bezw. befristeten Legat oben konstatiert werden musste, dass die Confusion eine Vernichtung der Servituten herbeiführt und bei Eintritt der Bedingung bezw. beim Ablauf der Frist eine Verpflichtung zur Restitution der Servitut begründet wird, so darf darin in Übereinstimmung mit Ihering eine Entscheidung erblickt werden, welche im Geiste des neuen Rechts, wie es in der Fideikommisslehre seinen Ausdruck findet, nicht gebilligt werden kann.

§ 9.

Ein Miteigentümer des herrschenden Grundstücks erwirbt das dienende. Consequenzen.

In den Quellen viel besprochen ist die Erscheinung, dass sich das herrschende oder dienende Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen befindet. Nun unterstelle man, dass etwa einer der Miteigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende erwirbt, und

---

[63]) Vgl. darüber Friedmann, S. 46—50 und die bei ihm citierten.

[64]) Wenn Justinian in späterer Zeit (l. 3, § 2 bis 4 C. comm. de leg. 6, 43) bestimmt hat, dass der Fiduciar hinsichtlich der Nachlassmasse in seinen Veräusserungsbefugnissen in gewisser Weise beschränkt sein solle, so ist darin derselbe Gedanke verkörpert zu erblicken, dass das Recht des Fideikommissars auf den Nachlass soweit wie möglich geschützt werden müsse.

man wird sich zu fragen haben, ob nicht die Servitut, da sie ja teilweise confundiert ist, auch teilweise erlöschen werde.[65])

Einige Schriftsteller[66]) erklären sich für einen partiellen Untergang der Servitut. Sie lassen sich zu dieser Annahme durch die l. 8, § 1 D. de serv. 8, 1 bestimmen, wo Paulus sagt: si praedium tuum mihi serviat sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterat.

Schrader geht im besonderen davon aus, dass sich die Unteilbarkeit der Servitut aus ihrer Verhasstheit erkläre; die Servituten, nimmt er an, hätten nur in den am häufigsten vorkommenden Fällen, also nicht in den gewiss seltenen einer teilweisen Bestellung, rechtlichen Schutz genossen. Consequenterweise hätte nun auch die Servitut bei teilweiser Confusion erlöschen müssen, indem sie rücksichtlich des andern Teils nicht habe fortbestehen können. Erst später sei man insoweit von dieser Strenge abgegangen, als man das Fortbestehen für einen oder an einem Grundstücksteil für zulässig erachtet habe. D' Avezan und Münter a. a. O. endlich glauben umsomehr einen partiellen Untergang der Servitut annehmen zu dürfen, als darin nur eine Consequenz der Regel „nulli res sua servit" zu liegen scheine. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung mag für die Vertreter der vorgetragenen Meinung der Umstand sein, dass beim Zusammentreffen von Niessbrauch und Miteigentum unzweifelhaft ein partieller Untergang der Servitut statuiert wird. Arg. l. 14 D. quib. mod. us. am. 7, 4.

Der herrschenden Meinung nach, die ich für die richtige halte, ist die Annahme eines partiellen Erlöschens der Servitut entschieden zu verwerfen; die Servitut besteht vielmehr, insoweit als Confusion eingetreten ist, als ein Recht an der eigenen Sache fort. Es sei ganz

---

[65]) Die Litteratur über diesen Fall ist sehr gross. Besonders ist zu nennen von Älteren: Cujacius opera omnia, Neapel 1728, Bd. 4, S. 144|45. Donellus, opera omnia (ed Hilliger) Lucae 1763, Bd. 3, S. 393|4. Voetius a. a. O. Von neueren Hoffmann, die Lehre von den Servituten, Darmstadt 1838, Bd. 1, S. 78—83. Elvers a. a. O., S. 129|30. Steinlechner, das Wesen der juris communio, Innsbruck 1876, Bd. I. S. 232—235 u. a. m.

[66]) Schrader, civilist. Abhandl. Weimar 1816, I, S. 303|4. Münter, von den Servituten, Hannover 1806, Bd. 1, S. 96. Thibaut a. a. O. S. 206. Von Älteren: Charondas ad tit. de verb. obl. scholia bei Otto, thesaurus, Bd. 1, S. 830|31. Frantzkius. Commentarius ad Pandectas, Argentorati 1644, S. 288|9. D' Avezan Servitutum liber. Aureliae 1750, S. 347.

davon abgesehen, dass das partielle Erlöschen der Servitut immerhin eine Ausnahme von der fast durchweg anerkannten Regel der Unteilbarkeit der Servituten bilden würde. Wenn l. 8 § 1 D. cit. ausspricht, dass servitus per partes retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterat, so darf man die lex nicht dahin auslegen, dass die Servitut auf dem nichterworbenen Grundstücksteile allein oder für denselben erhalten bleiben solle. Ich will vorläufig auf eine Interpretation der lex nicht eingehen, sondern nur auf eine Folge der Annahme eines partiellen Erlöschens hinweisen. Wird der erworbene Teil des Grundstücks, der die Confusion herbeigeführt hat, später wieder veräussert, so muss doch offenbar die Servitut in Ansehung dieses Teiles erloschen bleiben. Derartige Consequenzen werden selbst die Gegner nicht zu verfechten wagen. Oder sollte sich etwa die Servitut bei Wiederabtrennung des erworbenen Grundstücksteils elastisch von neuem bis zu ihrem alten Umfang ausdehnen?

Einen direkten Beweis für die Erhaltung der Servitut zu führen, dürfte bei der nicht völlig klaren Ausdrucksweise der Quellen schwer fallen. Allgemeine Erwägungen müssen das Bestehenbleiben der Servitut rechtfertigen. Diese Erkenntnis hat sich früh Bahn gebrochen, doch ist von so mancher Seite aus von falschen Gesichtspunkten ausgegangen worden. Viele behaupten, dass das Fortbestehen der Servitut nach Eintritt der partiellen Confusion aus deren Unteilbarkeit zu folgern sei.[67])

Diese Eigenschaft der Servitut möchte hier nicht massgebend sein. Denn wenn danach die Servitut nicht partiell erlöschen kann, dann sind zwei Folgen denkbar: Die Servitut geht entweder ganz unter oder sie besteht ganz fort. Der Eintritt der ersteren Folge wäre aber, berücksichtigt man die unverkennbare Hinneigung des römischen Rechtes zur Consolidation, gewiss eher zu erwarten; die Unteilbarkeit der Servituten dürfte wenigstens nicht ausreichend sein, um ihre Erhaltung bei partieller Confusion zu begründen. Einige

---

[67]) Als Hauptvertreter dieser Ansicht seien genannt: Böcking, Pand. des röm. Privatrechts, Bonn 1853, Bd. 1, S. 226. Windscheid a. a. O., Bd. 1, S. 648. Brinz a. a. O., Bd. 1, S. 800. Vangerow, Lehrbuch der Pand. 7. Aufl. Bd. 1, S. 713. Marburg-Leipzig 1863 Hoffmann a. a. O. Bd. 1, S. 79—83. Windscheid meint, ein Bruchteil einer Dienstbarkeit sei ein Ding ohne rechtliche Existenz, sodass ein solcher weder erworben noch verloren werden könne.

andere Schriftsteller[68]) ziehen zur Begründung die l. 35 D. de R. I 50, 17: nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est, heran. Sie meinen, die Servitut könne nur für das ganze Grundstück bezw. an dem ganzen Grundstück begründet werden, daher auch nur für das ganze bezw. an dem ganzen Grundstück verloren gehen. Die Folgerungen, die jene aus der l. 35 cit. ziehen, mögen an sich ganz richtig sein, wenn gleich auch dies von gewisser Seite[69]) bestritten wird; auf jeden Fall ist ganz übersehen worden, dass die Quellen von dieser lex (die übrigens in ihrer Allgemeinheit unmöglich für richtig angesehen werden kann nnd insoweit das Schicksal der meisten regulae iuris teilt) gerade für die Servitutenlehre eine Ausnahme statuieren.[70]) Ihering[71]) endlich in seiner schon häufig citierten Schrift „passive Wirkungen der Rechte" glaubt, dass die Servitut nach Eintritt der partiellen Confusion ihren Zweck noch nicht erreicht habe, deshalb fortbestehen müsse. In der Iheringschen eigenartigen Auffassung liegt auf jeden Fall die eine Wahrheit, dass ein noch näher zu bestimmendes Etwas, um dessentwillen die Fortexistenz nicht nutzlos erscheint, ihren Untergang aufhält. Dieses Etwas dürfte man in der eigentümlichen Natur des Miteigentums finden[72]) Das Recht, welches jeder der Miteigentümer hat, unterscheidet sich nämlich im Prinzip nicht von dem Recht des

---

[68]) So Donellus a. a. O. Bd. 3, S. 394.

[69]) Steinlechner behauptet nämlich, man müsse umgekehrt sagen: Die Servitut kann nur für das ganze bezw. an dem ganzen Grundstück begründet werden, sie kann mithin auch nur für das ganze fortbestehen, muss also, wenn ein Teil des Grundstücks, weil ein eigner geworden, der Servitut nicht mehr fähig ist, verloren gehen.

[70]) l. 140, § 2, D. de V. O. 45, 1.

[71]) Ihering a. a. O. S. 450.

[72]) Im wesentlichen herrscht in dem Vorgetragenen Übereinstimmung mit Steinlechner, von dem nur in sofern abgewichen wird, als St. den Begriff der Confusion beim Zusammentreffen von Miteigentum und Servitut verwirft. M. E. darf man recht wohl von einer Confusion (nur von einer partiellen) reden; dass thatsächlich Miteigentum und Servitut zusammentreffen, und die Servitut teilweise an eigner Sache fortbesteht, ist kaum bestritten. Das Moment des Zusammentreffens halte ich aber für ausreichend, um den Begriff der (partiellen) Confusion zu rechtfertigen. Ebenso reden von partieller Confusion: Wächter, Pand. Leipzig 1880|81, Bd. 2, S. 221, Seuffert a. a. O. Bd. 2, S. 253. Hoffmann a. a. O. S. 79.

Alleineigentümers: Jedem der Miteigentümer steht das Eigentum an der Sache ganz zu, nur die Concurrenz beschränkt die Gemeinschafter auf ideelle Quoten. Die Sache ist daher im Prinzip für jeden Gemeinschafter eine eigne wie zugleich auch eine fremde. Erwirbt demnach einer von zwei Miteigentümern, denen das herrschende Grundstück gehört, das dienende, so ist zwar für ihn eine Confusion eingetreten, die Servitut darf aber nicht untergehen, weil sie hinsichtlich des anderen Miteigentümers immer noch für eine fremde Sache fortbestehen kann; die Confusion ist nur eine partielle, die Servitut bleibt, soweit sie confundiert ist, an der eignen Sache bestehen. Etwas anderes will auch die l. 8 § 1 cit. mit den Worten „servitus per partes[73]) retinetur“ nicht besagen. Denn mit pars ist nichts anderes gemeint, als der Anteil der Miteigentümer, der die Servitut insofern als Servitut an einer fremden Sache erscheinen lässt und ihren Untergang hindert. Der weitere Zusatz „licet ab initio per partes acquiri non poterat“ will einen Gegensatz gar nicht zum Ausdruck bringen. Der Sinn der Stelle ist vielmehr: Da ein Miteigentümer allein die Servitut nicht erwerben kann, so kann einer allein auch nicht, da sie für den (die) anderen Gemeinschafter immer noch eine Servitut an fremder Sache bleibt, ihren Untergang herbeiführen. Dem abweichenden Verhältnis bei partieller Niessbrauchsconfusion ist keine Bedeutung beizumessen, denn der Niessbrauch nimmt den anderen Servituten gegenüber eine besondere Stellung ein, welche die abweichende Entscheidung rechtfertigt.

Nicht anders wird man zu entscheiden haben, wenn beide Grundstücke, das herrschende wie das dienende, den beiderseitigen Eigentümern gemeinsam werden. So auch die Quellen: l. 30 § 1 D. de S. P. R. 8, 2: Si praedia mea tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. Ebenso l. 34 D. de S. P. U. 8, 3.

Der Grund der Erhaltung liegt ebenso wie beim vorigen Fall in der Natur des Miteigentums: Erwirbt der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Miteigentum am dienenden, so ist die Servitut im Hinblick auf den anderen Miteigentümer noch eine Servitut an

---

[73]) Das Wort pars hat in der Litteratur zwei Deutungen erfahren, bald sollte es pars fundi, bald servitutis sein. Selbst Windscheid noch hält pars für pars servitutis, obwohl er doch gleichzeitig einem Teil der Servitut jede rechtliche Existenz abspricht. Vgl. Friedmann a. a. O. S. 6.

obzuwalten. Muther's[78]) Ansicht endlich, l. 30 cit. behandle die Frage der Confusion bei einer communio pro diviso, l. 27 cit. bei einer communio pro indiviso, ist, da die Quellen zu einer solchen Unterscheidung nicht den geringsten Anlass geben, von vornherein zu verwerfen. Mit Steinlechner[79]) wird sich eine Lösung der scheinbaren Antinomie aus der Natur des Miteigentums ergeben. „Steht eine Sache," es sei mir erlaubt, Steinlechner's vorzügliche Auseinandersetzung wörtlich zu citieren, „im Eigentum mehrerer Personen, so müssen alle von diesen gemeinsam über die Sache getroffenen Verfügungen dieselben Wirkungen erzeugen, welche den Handlungen des Alleineigentümers zukommen: die Miteigentümer erscheinen dritten Personen gegenüber als eine Person (vgl. z. B. l. 6 D. comm. praed. 8, 4). Wenn daher die Miteigentümer eines Grundstückes, mit welchem eine Realservitut verbunden ist, das dienende Grundstück gemeinschaftlich ins Eigentum erwerben, so wird dasselbe eintreten, wie wenn dieser Akt durch einen Alleineigentümer geschähe: Das beschränkte Eigentum des einen vereinigt sich mit dem beschränkenden Rechte des andern, die Servitut als solche geht unter, und das Eigentum an dem bisher dienenden Grundstücke wird nunmehr ein unbeschränktes. Und wie in dem Falle, dass der Alleineigentümer des herrschenden Grundstücks bloss einen Teil des dienenden erwirbt, die Servitut mit Rücksicht auf das gleiche Recht des Genossen erhalten bleibt, hingegen dann, wenn er später auch den andern Teil erwirbt, die Servitut durch Confusion erlischt, — ebenso muss es sich verhalten, wenn die Miteigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende gemeinschaftlich in solcher Weise successiv erwerben: es bleibt da überall nicht mehr ein Teil übrig, mit Rücksicht auf welchen die Servitut aufrecht bestehen könnte. Während in l. 30 cit. der eine Miteigentümer die Sache schon besass, bevor der andere das Miteigentum an derselben erworben, jener also der Auctor dieses ist, daher mit Bezug auf den Teil des Auctors die Servitut fortbestehen kann — leiten in l. 27 cit. beide Miteigentümer des herrschenden Grundstücks das Eigentum am dienenden von einer dritten Person ab, die dasselbe ganz aufgegeben, daher keinen Teil mehr übrig gelassen hat, an welchem die Servitut haften bleiben könnte."

[78]) Muther in fr. VI comm. praed. commentatio. Erlangen 1858, S. 42—45.

[79]) Steinlechner a. a. O. S. 237|38.

fremder Sache, und daran wird nichts geändert, wenn jener das Miteigentum am herrschenden Grundstück erwirbt.

Wie verträgt sich nun mit der l. 30 § 1 cit. die l. 27 D. de S. P. U. 8, 3.? „Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur, quia par utriusque domini in utroque fundo esse incipit.“ Dem Anscheine nach besteht hier das gleiche Verhältnis wie in der l. 30 cit. indem zwei Grundstücke in das Miteigentum derselben Personen gelangen; und doch soll hier die Servitut erlöschen! Eine Antinomie anzunehmen, wie einige Schriftsteller es gethan,[74]) wird man sich nicht entschliessen können Doch wie die leges vereinigen? Darf man mit Donellus[75]) behaupten, dass die Servitut in der l. 27 cit. deshalb erlösche, weil sonst der Anteil jedes Miteigentümers am dienenden Grundstück seinem Anteile am herrschenden dienen würde, während doch beim Kauf keiner dem andern schaden wolle, sondern vielmehr die Lage aller gleich sein solle? Aber selbst, wenn der Erwerb des Miteigentums auf Kaufgeschäften beruhte, was anzunehmen nicht gerade nötig ist, so könnte man dasselbe von der l. 30 cit. behaupten.

Elvers[76]) glaubt, das Erlöschen der Servitut in l. 27 cit. damit erklären zu können, dass das Miteigentum unter Bewahrung desselben Quotenverhältnisses auf das andere Grundstück übertragen sei; beide Grundstücke wären mithin, so führt er aus, rechtlich zu einem Komplex vereinigt worden; und somit sei der Anlass zum Fortbestande der Servitut fortgefallen. In l. 30 cit. dagegen seien die Übertragungsakte successiv geschehen und es liege auch nichts im Wege, ein verschiedenes Miteigentumsquotenverhältnis bei beiden Grundstücken anzunehmen. Auch Elvers ist nicht beizustimmen. Denn abgesehen davon, dass zu einer Vereinigung von Grundstücken zu einem Komplex unbedingt Nachbarschaft erforderlich ist, — und dass Nachbarschaft in diesem Sinne ein Erforderniss für die Servitut nicht ist, beweist l. 4, § 8, l. 5 D. si serv. vind. l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4; l. 8 pr. D. de op. nov. nunt. 39, 1[77]) — ist es weder notwendig, dass die Übertragung in l. 30 cit. successiv vor sich gehe, noch braucht eine Quotenverschiedenheit

---

[74]) **Brinkmann, Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander. Kiel 1855, S. 56.**

[75]) **Donellus a. a. O. S. 356.**

[76]) **Elvers a. a. O. S. 130|131.**

[77]) **Siehe auch Dernburg Pand. Bd. 1, S. 573|74.**

§ 10.

Der Fall der l. 31 D. de S. P. R. 8, 3.

Analog dem Zusammentreffen von Miteigentum und Servitut muss ein Fall behandelt werden, welchen Julian in der l. 31 D. de. S. P. R. 8, 3 entschieden hat. Es heisst dort: Tria[80]) praedia continua trium dominorum adjecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat; postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit; quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. Negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in unum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desiisset aut omnino tria simul praedia nuius domini facta essent. Angenommen wird, dass drei Grundstücke, die einander benachbart sind, je einem Eigentümer gehören. Der Eigentümer des untersten Grundstücks, der eine servitus aquae am obersten erwirbt, führt mit Einwilligung des Eigentümers das Wasser über das mittlere Grundstück in sein eignes. Es dient infolgedessen ebenfalls dem untersten Grundstück. Julian wird nun befragt, ob die Servitut durch Confusion erlischt, wenn der Eigentümer des untersten das oberste Grundstück erwirbt und antwortet, dass sie, obwohl utraque praedia eiusdem domini facta essent, trotzdem nicht verloren geht. Diese negative Antwort hat, wohl in Übereinstimmung mit den Resultaten, die oben beim Zusammentreffen von Miteigentum und Servitut als falsch bekämpft wurden, die Meinung begünstigt, es bliebe die Servitut zwar bestehen, aber nur insofern, als sie das mittlere Grundstück anginge.[81]) Richtiger Ansicht nach liegt in der

[80]) Vgl. Donellus a. a. O., S. 394. Voet a. a. O, Bd. 1, S. 418. Gesterding, Ausbeute, Bd. 6, Greifswald 1837, S. 394. Schrader a. a. O., S. 394. Hoffmann a. a. O., S. 92. Ihering a. a. O., S. 450. Friedmann a. a. O., S. 7|8. Hartmann a. a. O., S. 94.

[81]) Vgl. Voet a. a. O.

l. 31 cit. ein Parallelfall zur l. 30 D. de S. P. U. 8, 2.[82]) Wie in dieser lex die Servitut erhalten bleibt, weil sie rücksichtlich des anderen Miteigentümers noch eine Servitut an fremder Sache bleibt, so lässt Julian des mittleren Grundstücks wegen die Servitut trotz der particllen Confusion an eigner Sache fortbestehen.[83])

§ 11.

Die confundierte Servitut unterlag einem Pfandrecht.

Besonders interessant gestaltet sich die Beantwortung der Frage, ob der Confusion der Servitut vernichtende Wirkung beizumessen ist in dem Falle der Servitutenverpfändung. Es bestellt z. B. der Niessbraucher einem Dritten ein Pfandrecht an seinem Niessbrauch[84]) und erwirbt später das Eigentum der belasteten Sache. Servitut und Eigentum sind in Einer Hand vereinigt, es tritt Confusion ein.[85]) Ist nun die Folge der Confusion Untergang der Servitut oder erhält sich dieselbe? Darüber herrscht grosse Meinungsverschiedenheit, zumal da anscheinend nach l. 8 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6 ein jeder Untergang der Servitut auch das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge hat, eine Consequenz, die im praktischen Leben den Wert des Servitutenpfandrechts fast illusorisch machen würde. Das geringe

---

[82]) Den geistigen Zusammenhang zwischen beiden Quellenstellen hat Donellus zuerst erkannt.

[83]) Eine Parallele enthält l. 15 D. quemadm. serv. am. 8, 6.

[84]) Von den Servituten kann hier nur der Niessbrauch in Frage kommen. Der usus ist herrschender Ansicht nach unverpfändbar. Die Verpfändbarkeit einer bestehenden Prädialservitut ist höchst bestritten und herrschender Ansicht nach zu verwerfen. Dernburg (Pfdr. a. a. O. S. 488) folgert die Unverpfändbarkeit unter Bezugnahme auf l. 86 D. 50, 16 aus ihrer Bestimmung zur unmittelbaren Steigerung des Nutzens und der Annehmlichkeit des herrschenden Grundstücks. Anderer Meinung Birkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch. München 1864, S. 55. Vgl. auch Windscheid a. a. O., Bd. 1, S. 619.

[85]) Friedmann a. a. O. allerdings bestreitet, dass Confusion eintritt, da nicht volle Berechtigung mit voller Verpflichtung zusammengetroffen sei.

Quellenmaterial reicht bei weitem nicht aus, um eine klare Anschauung von der Meinung der römischen Juristen gewinnen zu können; man ist daher gezwungen, unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze und unter entsprechender Mitbenutzung der das vorliegende Rechtsverhältnis irgendwie tangierenden Quellenstellen sich die Auffassung des römischen Rechts zu construieren. Die Beantwortung der gestellten Frage wird dadurch noch complicierter gestaltet, als eine andere sehr schwierige und sehr bestrittene Frage, was denn bei der Servitutenverpfändung Gegenstand des Pfandrechts sei, ob das Servitutrecht selber oder die servitutpflichtige Sache bei der Entscheidung eine wichtige Rolle spielt.

Mehrere Juristen, welche in dem Niessbrauchsrecht den Gegenstand des Pfandrechts erblicken, sprechen sich für den Untergang des Niessbrauchs aus; sie lassen dann consequenterweise auch das Pfandrecht erlöschen, wofür sich ja auch die oben citierte l. 8 pr. D. quib. mod. pign. vel etc. 20, 6 zu erklären scheint: sicut re corporali extincta ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit. „Es ist", so erklärt Sohm,[86]) „juristische Notwendigkeit, dass mit Untergang des Objekts des Pfandrechts das Pfandrecht selbst untergeht. Von der Richtigkeit der Sohmschen Auffassung ist auch Bremer[87]) überzeugt; nach ihm geht ebenfalls die Servitut infolge der Confusion unter. Aber er will den Pfandgläubiger nicht unter der Härte leiden lassen, die die Sohmsche Ansicht offen zeigt. Genügt ja doch nach seiner Meinung eine vom Schuldner-Niessbraucher herbeigeführte Vereinigung des Eigentums an der belasteten Sache mit dem Niessbrauch, um die Sicherung des Pfandgläubigers völlig zu annullieren. Von selbst tritt bei ihm für das untergegangene Pfandrecht ein anderes mit einem andern Objekt ein. „Das Objekt dieses neuen Pfandrechts kann nur das Eigentumsrecht sein, freilich nicht in dem Sinne, wie bei der sogenannten Sachverpfändung, sondern vielmehr wie bei der Verpfändung einer erst zu errichtenden Servitut: der Pfandgläubiger, dem bisher die Befugnis zustand, ein bereits existierendes dingliches Recht eventuell gegen Entgelt zu veräussern, erhält nunmehr nach Untergang dieses Rechts die andere Befugnis, ein mit dem unter-

[86]) Sohm a. a. O., S. 38. Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht, 2. Aufl. Greifswald 1832, S. 341 347. Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Rechts. Leipzig 1847, Bd. 2, S. 24.

[87]) Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte, Leipzig 1867, S. 152—155, 167|68.

gegangenen übereinstimmendes Recht gegen Entgelt eventuell neu zu begründen.[88])

Wenn schon die Härte, die in der Sohmschen Entscheidung liegt, und die eigenartige Manier, mit der Bremer dem Pfandgläubiger zu helfen sucht, Zweifel an der Richtigkeit ihrer Ansichten erregen dürften, so wird die andere Erwägung, dass Gegenstand des Pfandrechts nicht das Niessbrauchsrecht, sondern die belastete Sache in den Grenzen, in denen der Niessbraucher über sie zu verfügen in der Lage ist, dazu führen, sowohl die Sohmsche wie die Bremersche Ansicht zu verwerfen.

Dass das Pfandrecht das Niessbrauchsrecht ergreife, ist bis zum Erscheinen von Exner's epochemachender Schrift „Kritik des Pfandrechtsbegriffes" fast allgemein herrschende Lehre gewesen. Selbst diejenigen, die früher schon versucht haben nachzuweisen und m. E. auch nachgewiesen haben, dass bei der Verpfändung der anderen dinglichen Rechte, der Emphyteuse und der Superficies stets das emphyteutische bezw. das superficiarische Grundstück, nicht das Recht, pfandrechtlich ergriffen wird, sahen bei der Niessbrauchsverpfändung von einer ähnlichen Auffassung vielleicht mit Rücksicht auf den allerdings verschiedenen Charakter der genannten dinglichen Rechte ab.

Die Niessbrauchsverpfändung bildete die Hochburg für alle die, welche bei jeder Verpfändung eines dinglichen Rechts ein Pfandrecht am Rechte annehmen.[89])

Wenn man nach den Gründen forscht, die jene Ansicht stützen sollen, so zeigt sich als Hauptargument der Sprachgebrauch der Quellenschriftsteller. In der That heisst es beispielsweise in der l. 11, § 2, D. de pign. 20, 1: ususfructus pignori datus und die darauf folgende l. 12 redet von einer viae itineris actus aquaeductus pignoris conventio.

---

[88]) Hinsichtlich der Emphyteuse behauptet Arndts (beim Heimbach, Bd. 3, S. 856) das gleiche wie Bremer: falls nämlich der Eigentümer als Successor des Emphyteuta das emphyteutische Recht wieder an sich zieht und sodann durch Consolidation die Emphyteute endigt . . . . wird das Pfandrecht so lange noch in der Art ausgeübt werden können, dass die Emphyteuse, soweit sie dem Verpfänder zustand, als wiederum zu constituierendes Recht zum Verkauf gebracht wird.

[89]) Man höre nur Sohm (a. a. O., S. 38), wenn er Dernburg gelegentlich entgegenwirft: „mit demselben Argument könnte man auch dem, dem ein ususfructus verpfändet worden ist, ein Pfandrecht an der Sache selbst vindicieren."

Aber der Sprachgebrauch kann unmöglich an diesem Platze massgebend sein. Denn, wie andere Quellenstellen zeigen werden, drücken sich die römischen Juristen nicht stets völlig korrekt aus.[90]) So reden die römischen Juristen auch von einer nuda proprietas pignori data und daneben gilt ihnen, sobald eine Verpfändung der Superficies oder der Emphyteuse in Frage steht, stets das praedium superficiarium bezw. vectigale[91]) als der Gegenstand des Pfandrechts. Den römischen Juristen, wie Sohm[92]) es thut, eine gewisse Flüchtigkeit im Ausdruck nachzureden, dürfte wohl nicht angehen. Denn[93]) den praktischen Römern kam es wohl hauptsächlich darauf an, dass sie für die Bezeichnung eines rechtlichen Verhältnisses einen Ausdruck fanden, der, wenn er auch nicht streng juristisch war, doch klar das betreffende Verhältnis wiedergab. Wurde eine Sache vom Eigentümer verpfändet, so gebrauchten sie die Wendung res pignori data, indem sie, wie häufig, res mit „Eigentumsbestandteil" identificierten. Kam die Sache nur insoweit in Betracht, dass sie als Gegenstand eines emphyteutischen Rechts Verpfändungszwecken dienen sollte, was lag da näher, als von einem praedium vectigale pignori dari zu reden? Wenn nun bei der Servitutenverpfändung ein entsprechender Ausdruck, der gleichzeitig das rechtliche Verhältnis charakterisiert, nicht in Gebrauch genommen ist, so liegt dies einfach daran, dass die lateinische Sprache nicht über gleichtreffende Worte verfügt, dass es den Römern mundgerechter erschien, wenn sie sich auch der Ungenauigkeit bewusst waren, von einer itineris pignoris conventio zu reden. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass doch ein Ausdruck wie praedium usufructuarium pignori datum voll und ganz dem zu bezeichnenden Rechtsverhältnis Rechnung tragen würde; denn wenn auch hiermit die Verpfändung eines bestehenden Niessbrauchs eventuell eine richtige Bezeichnung erhalten hätte, so würde die eines erst zu bestellenden Niessbrauchs noch eines weiteren Ausdrucks bedürfen.

Wie der Sprachgebrauch, so spricht gegen die hier vertretene Ansicht auch nicht die von Pfaff[94]) angeführte l. 9 § 1 D. de pig.

[90]) Hinsichtlich unserer Ausdrucksweise vgl. ein Beispiel, auf das Kuntze (die Obligation und Singularsuccession, Wien 1886, S. 53, A 1) aufmerksam macht.

[91]) l. 16 § 2 D. p. a.

[92]) Sohm a. a. O.

[93]) Vgl. Exner a. a. O., S. 72—74.

[94]) Pfaff a. a. O., S. 61 f.

20, 1: quod emptionem venditionem recipit etiam pignerationem recipere potest. Denn ebenso, wie Pfaff aus dem Umstande, dass unstreitig Rechte gekauft bezw. verkauft werden können, folgern darf, dass sie — dem Wortlaut der lex gemäss — auch verpfändet werden können, muss er auch zugeben, dass Sachen, welche ebenfalls zweifellos zu kaufen bezw. zu verkaufen sind, dem Pfandrecht als Objekt dienen können. Mit dieser Einräumung würde er aber seiner an anderer Stelle[95]) aufgestellten Behauptung, dass Gegenstand des Pfandrechts nur Rechte sein können, widerstreiten. Aber ich glaube nicht einmal, dass die l. 9 cit. überhaupt zur Würdigung der vorliegenden Streitfrage herangezogen werden darf, denn die lex redet m. E. gar nicht davon, ob auch Rechte Objekt des Pfandrechts sein können, sondern konstatiert einfach die Thatsache, dass, ebenso wie der Eigentümer, auch z. B. der Emphyteuta oder publicianische Besitzer vermittelst seines (verkäuflichen) Rechts seinem Gläubiger eine pfandrechtliche Sicherung zu bieten vermag.

Für die hier zu verteidigende Ansicht spricht aber nun folgendes: Wie schon oben kurz angedeutet wurde, hat der Eigentümer die Möglichkeit, seinen Gläubiger mittelst eines erst zu bestellenden Niessbrauchs pfandlich sicher zu stellen in folgender Weise nämlich: Er verpfändet dem Gläubiger z. B. das Grundstück so, dass jener bei Fälligwerden der Forderung und bei Nichtbefriedigung den Niessbrauch an dem Grundstück pfandrechtlich verkaufen darf. Dieses Verhältnis deutet l. 11, § 2 D. de pig. 20, 1 an: ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui usumfructum habet. Et . . . . hier sei die Frage nach dem Gegenstand des Pfandrechts in dem ersteren Satze (sive — convenerit) angebracht; kann es das Niessbrauchsrecht sein? Unmöglich, denn erst dann entsteht der Niessbrauch, wenn das Pfandrecht selbst ein Ende genommen hat. Da nun das Niessbrauchsrecht dem Pfandrecht nicht unterliegt, so kann m. E. nichts anderes angenommen werden, als dass die Sache selbst, das Grundstück, der pfandrechtlichen Herrschaft unterworfen wird,[96]) natürlich nicht in dem Grade, wie es bei einer Sachverpfändung der Fall sein würde, sondern

---

[95]) Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung, Wien 1868, S. 13|14.

[96]) Übereinstimmend Vangerow a. a. O., Bd. 1, S. 808. Windscheid a. a. O., Bd. 1, § 227. Anders jedoch Bremer a. a. O., S. 52 f. Pfaff bei Grünhut, S. 71.

nur insofern, als sie sein Recht, gegebenenfalls den Niessbrauch am Grundstück zu verkaufen, sichert. Ein Blick auf die l. 11, § 2 cit. zeigt, dass der Jurist bei der Frage, ob der Niessbrauch verpfändet werden könne, die Fälle sive dominus proprietatis convenerit und sive ille qui solum usumfructum habet, ohne einen Unterschied zu statuieren, neben einander stellt; dass ihm das Objekt des Pfandrechts in dem einen Falle ein anderes sei, als in dem anderen, lässt sich aus seinen Worten nicht entnehmen, so dass die Annahme begründet erscheint, er sehe in beiden Fällen die Sache für den Pfandrechtsgegenstand an.[97]) Ein Beleg für die Richtigkeit der aus der l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1 entwickelten Ansicht enthält der zweite Teil der l. 18 § 1 D. de p. a. 13, 7: Si nuda proprietas pignori data sit, usus-fructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis [98]) Unter usus fructus kann hier unmöglich das Niessbrauchsrecht verstanden werden. Denn dieses erlischt ja gerade dadurch, dass es zuwächst. Die Stelle ist daher nicht anders zu deuten als dahin: Das Pfandrecht, welches bis zur Akkrescenz die belastete Sache in den Grenzen der unda proprietas ergriff, erstreckt sich jetzt auch auf den Fruchtgenuss. „Die[99]) Additionsposten nuda proprietas und usus fructus pignori geben zusammen die runde Summe eines gewöhnlichen Pfandrechts. Sie wäre nicht addierbar, weil ungleichartig, wenn sie verschiedene Objekte hätten, was aber hier ebensowenig der Fall ist, als in dem Parallelfall der alluvio. (eadem causa est alluvionis)".

Wie sich nun aus der Thatsache, dass jede Niessbrauchsverpfändung eine Verpfändung der niessbrauchspflichtigen Sache in den Grenzen des Niessbraucherrechts darstellt, eine Verwerfung der Sohmschen und Bremerschen Ansicht ergiebt, so muss aus demselben Grunde auch einigen anderen Schriftstellern gegenübergetreten werden, die einen Fortbestand der Servitut bei Eintritt der Confusion annehmen.

Sintenis,[100]) der dem Pfandgläubiger das Pfandrecht durchaus erhalten will, spricht sich dahin aus, dass man bei Eintritt der

[97]) Ebenso Exner a. a. O., S. 64—66. Mansbach, der Niessbrauch an Forderungen, Marburg 1880, S. 41.

[98]) In welcher beschränkten Weise die lex cit anzuwenden sei, wird S. 139 gezeigt.

[99]) Exner a. a. O., S. 66|67.

[100]) Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Jena 1836, S. 132.

Confusion fingieren müsse, es dauere die Servitut fort.[101]) Anders Fritz.[102]) Ausgehend von einer Erklärung der Regel, dass die von dem Inhaber eines ius in re aliena bestellten dinglichen Rechte mit dem Rechte des Erteilers erlöschen, spricht er der Confusion, soweit sie hierbei in Frage kommt, ihre voll vernichtende Kraft ab. Durch Confusion erlöschen nach seiner Ansicht die dinglichen Rechte nur formell, während sie materiell fortbestehen.[103]) Die Unrichtigkeit dieser Ansicht erhellt, abgesehen von dem allgemeinen Grunde, schon daraus, dass der Unterschied zwischen materieller und formeller Servitut aus der Lehre emaniert, die Servituten seien Eigentumsbestandteile, „also aus dem Eigentum herausgeschnittene und zu selbständigen Rechten erhobene Befugnisse." Diese Ansicht ist, wie bekannt, als völlig verfehlt, allseits verlassen. Windscheid[105]) scheint — wenigstens lässt er dies bei Besprechung des analogen Falls der superficiarischen Verpfändung durchblicken — von ähnlichen Anschauungen auszugehen, wie Fritz. Während sonst, meint er, das verpfändete Recht durch Confusion untergehe, dauere es für das Pfandrecht fort. Einen direkten Beweis vermag er für seine Ansicht nicht zu führen; dass aber gerade bei der Confusion das Erlöschen eines Rechts „durch eine demselben aufgedrückte rechtliche Bestimmtheit" aufgehalten werden könne, dafür liefert ihm die l. 3 § 2 D. 7, 2 einen schlagenden Beweis.

Es ist in der That nicht zu leugnen, dass die Servitut fortbesteht, man wird aber von einem anderen Gesichtspunkte ausgehen müssen, um ein richtiges Bild von der confundierten, jedoch nicht völlig erloschenen Servitut zu gewinnen. Dieser Gesichtspunkt wäre: Die

---

[101]) Huschke a. a. O., von der Verpfändung der Sachen, deren Eigentümer man nicht ist, in der Giessener Zeitschrift, Bd. 20, S. 253, behauptet ein Gleiches für die Emphyteuse unter Beziehung auf Ulpian 1, 19, wo es heisst, dass der Niessbrauch an einen Sklaven trotz Manumission seitens des Eigentümers fortdauert Vgl. auch Riesser in der Giessener Zeitschrift Bd. 2, S. 10.

[102]) Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening's Lehrbuch. Freiburg 1833, S. 273. (Bd. 1).

[103]) Aus dem materiellen Fortbestehen der Servitut ergiebt sich die Möglichkeit der Erhaltung des Pfandrechts.

[104]) Bremer a. a. O., S. 153.

[105]) Windscheid a. a. O., Bd. 1, S. 751.

Erkenntnis, dass jede Pfandrechtsbestellung einen Akt constitutiver Succession bildet.

Viele wollen nicht zugeben, dass das Pfandrecht infolge eines Successionsaktes zur Entstehung kommt.[106]) Besonders jene Schriftsteller stemmen sich dagegen, welche behaupten, jedes Pfandrecht sei ein Recht an einem Recht, oder doch wenigstens die Möglichkeit zugeben, dass das Objekt des Pfandrechtes auch ein Recht sei, Ansichten, welche, soweit sie die Niessbrauchsverpfändung angehen, schon oben bekämpft sind. Eine Anerkennung von ihrer Seite würde ja auch eine Discreditierung der Lehre vom Recht am Recht zur Folge haben, denn es liegt auf der Hand, dass ein Pfandrecht am Recht nicht aus einer Succession in eben dasselbe Recht entspringen kann.

Im einzelnen werden aber verschiedene Einwände erhoben.

Sohm[107]) wirft in Übereinstimmung mit Anderen der hier vertretenen Ansicht vor, dass von einer Succession (einer Rechtsnachfolge) doch nicht geredet werden könne, sobald das neu begründete Recht qualitativ verschieden von dem Ursprungsrecht, dem sogenannten Mutter- oder Stammrecht sei Vor allen Dingen dürfte, so führt er gegen Schmid[108]) aus — der Umstand, dass viele Quellenstellen bei Erwähnung des Pfandbestellungsaktes zufällig von einem succedere sprächen, nicht verleiten, auch deshalb dem Pfandbestellungsakt den Successionscharakter zu vindicieren. Könnte man doch auf diese Weise vieles in die Quellen hineininterpretieren, was in denselben gar nicht enthalten sein soll. Bremer[109]) entdeckt sogar in seiner Polemik gegen Schmid in der Anwendung des Successionsbegriffes auf die Lehre von der Pfandbestellung eine Wiederauffrischung jener alten tausendfach widerlegten Ansicht, dass die dinglichen Rechte Eigentumsbestandteile seien.

---

[106]) Für die folgende Darstellung verweise ich vorzugsweise auf Exner a. a. O., S. 53—62, dem hier vielfach gefolgt worden ist. Kohler, Abhandl. a. a. O., S. 305—310 pfandr. Forschungen a. a. O., S. 221. Mansbach a. a. O. 34—42. v. Blume, die Übertragung des Niessbrauchs in Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 382—98. Regelsberger, Pand. Leipzig 1893, Bd. 1, S. 442—444.

[107]) Sohm a. a. O., S. 8.

[108]) Sohm a. a. O., S. 98. Schmid, Grundlehren der Cession, Bd. 1, S. 96 u. 97.

[109]) Bremer a. a. O., S. 15.

In einem Punkte darf man den Gegnern Recht geben.

Das Wort „Succession" passt, wenn man nach dem Buchstaben geht, nicht genau auf den das Pfandrecht begründenden Akt. Aber eine freiere Auffassung ist hier geltend zu machen: die Beschränkung des Wortes Succession auf diejenige Rechtsübertragung, bei der ein qualitativ gleiches Recht aus dem Stammrecht hervorgeht, — man vergegenwärtige sich das Recht desjenigen, dem vielleicht das Eigentum an einer Sache von deren ursprünglichen Eigentümer übertragen wird — ist nicht aufrecht zu erhalten. Denn die charakteristischen Merkmale der Succession müssen anderswo als in der qualitativen Gleichheit des Stammrechts und des neu begründeten Rechts gesucht werden. M. E. ist man wohl berechtigt, immer dann von einer Succession zu sprechen, wenn das neu bestellte Recht in Abhängigkeit vom Recht des Bestellers entsteht, jedoch nicht in Abhängigkeit verbleibt, „wenn[110]) es sich vielmehr von seinem Stamm gleichsam loslöst dergestalt, dass es in sein neues selbständiges Dasein allerdings jene Gebrechen mit hinüberträgt, die ihm von Geburt anhaften, aber fortan nicht mehr afficiert werden kann von den späteren Schicksalen des Stammrechtes." Vermag man jene beiden Merkmale bei der Pfandbestellung nachzuweisen, so darf man getrost sagen, dass die Römer bei der Pfandbestellung das Successionsprinzip in Anwendung gebracht haben. Ausserordentlich zahlreich sind die Quellenstellen, die die ursprüngliche Abhängigkeit des Pfandrechts von seinem Stammrecht in zweideutiger Weise zu erkennen geben. Als besonders prägnant seien folgende drei leges citiert: l. 14 § 1—3 D. de div. temp. pr. 44, 3: plane tribuuntur (accessiones possessionum) his qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu . . . . § 2 itaque si mihi vendideris servum, utar accessione tua. § 3 et si pignori dederis . . . Hier stellt der Jurist neben den Käufer (als eine Person, qui in aliorum locum succedit) den Pfandgläubiger. Weiter gehen die beiden anderen Stellen. So sagt l. 18 D. de pign 20, 1: si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quem ad modum debitorem per Publicianam und l. 3 § 1 D. de pign. 20, 1: non plus habere creditor potest quam habebat qui pignus dedit. In diesen beiden leges wird klipp und klar ausgesagt, dass das Pfandrecht „nach Umfang und Intensität" sich richtet nach dem Recht des

[110]) Exner a. a. O., S. 58.

Verpfänders. Das Pfandrecht, das ich vom publicianischen Besitzer erhalte, schützt mir der Prätor mit der actio Serviana nur insoweit, als er dem Pfandbesteller bei Wahrung von dessen Rechten mit der Publiciana zu helfen vermag.

An dieser Stelle setzt ein Irrtum ein, den besonders energisch Sohm (a. a. O., S 9,) angreift. Schmid (a. a. O., S. 96/97,) behauptet nämlich, das Recht, welches der Gläubiger durch die Succession erhalte, bethätige sich darin, dass er von nun an das Recht des Auktors, wenn auch in beschränkter Weise, auszuüben im stande wäre. Auch einer solchen Auffassung würden allerdings die citierten Quellenstellen zur Grundlage dienen können. Aber Succession und eine derartige rechtliche Vertretung, wie sie Schmid neben seiner Successionslehre verteidigt, vertragen sich nicht neben einander, entweder ist der eine oder der andere Begriff falsch. „Wer mir", so sagt Exner[11]) mit Recht, „sein Recht an einer Sache ganz oder teilweise schlechthin oder unter gewissen Modalitäten, zur Ausübung anheimstellt, der gewährt mir nicht mehr und nicht weniger als seine jeweilige Rechtsstellung zur Sache behufs ihrer Ausnutzung in der betreffenden Weise; ich kann also in keinem Zeitpunkt der Dauer dieses Verhältnisses besser stehen, als mein Auktor eben jetzt stünde, wenn er die mir zur Verfügung gestellte rechtliche Macht selbst auszuüben befugt und willens wäre." In dieser Weise darf aber die Succession nicht aufgefasst werden, denn wenn auch eine Abhängigkeit des neuen Rechts vom Stammrecht nicht zu leugnen ist, so führt es doch, einmal begründet, eine selbständige Existenz fort, allein bedroht von denjenigen Mängeln, die ihm schon bei seiner Begründung inhaerierten. Dies für das Pfandrecht nachzuweisen, fällt in Hinblick auf zwei Entscheidungen Papinian's nicht schwer. Es sind die ll. 11 § 10, 29 § 1 D. de exc. rei iud. 44, 2: Item si rem, quam ate petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem. Sed si posteaquam petiit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei iudicatae si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore causam egerit et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi non successisse videbitur cum pignoris conventio sententiam praecesserit.

[11]) Exner a. a. O.

Ist der Eigentumsstreit schon vor der Begründung des Pfandrechts durch richterliches Urteil beendet gewesen, so geht gegen den Pfandgläubiger die exceptio rei iudicatae. Anders dagegen, wenn die Pfandbestellung dem Rechtsstreit vorausgegangen war; dann ist der Ausgang des Eigentumsstreits für den Pfandnehmer von keinem Interesse. Mag für, mag wider den Pfandbesteller entschieden werden, das Pfandrecht bleibt dem Gläubiger erhalten. Und entspricht der Entscheidung Papinian's nicht auch der bekannte Ausspruch „prior tempore potior iure“,[112]) wonach sich bei mehrfacher Verpfändung einer Sache die einzelnen Pfandrechte nach der Zeit ihrer Bestellung ordnen? Schliesslich wird selbst wohl auch von gegnerischer Seite nicht bestritten werden, dass später dem Pfandgrundstück aufgelegte Dienstbarkeiten das Pfandrecht in seinem Wert nicht zu mindern vermögen.

Diese pfandrechtliche Succession — sie heisst zum Unterschiede von derjenigen, welche die Entstehung eines qualitativ gleichen Rechtes im Gefolge hat (der sogenannten translativen Succession), constitutive Succession — bewirkt nun endlich nicht, wie man auch behauptet hat, dass das neue Recht aus Teilen des Stammrechtes gebildet wird; sie hat für das Stammrecht nicht zur Folge, dass nur ein „Recht als eigentlicher Kern mit dem Triebe, das Getrennte wieder an sich zu ziehen“ im Vermögen des Auktors zurückbleibt. Dies ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, dass das Stammrecht doch nicht dasselbe sein und bleiben würde, dass seine Existenz in Frage gestellt würde, wenn ihm infolge der Succession irgend ein wesentlicher Bestandteil entzogen würde. Verliert denn übrigens der Verpfänder die Befugnis, das Pfandobjekt zu veräussern, was doch dem Pfandgläubiger auf Grund des Verpfändungsaktes zweifellos zugestanden ist? Dem müsste so sein, wenn eine Abtrennung einzelner Befugnisse behufs Bildung des neuen Rechts wirklich stattfände. Mit Unrecht citiert man daher gerade gegen den Successionscharakter der Niessbrauchsverpfändung zwei Quellenstellen, die vom Niessbrauch aussagen, er könne weder cediert werden (l. 66 D. de prob. et praes. 22, 3: usumfructum a fructuario cedi non posse), noch sei er überhaupt von

---

[112]) Stützt sich auf die c. 3 E. qui pot. in pign. ha 8, 18: si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore ita potior iure. Vgl. übrigens Dernburg, Pfandrecht, Bd. 2, S. 148, das Erkenntnis des O.-A.-G. zu Lübeck v. 11. Juli 1850 bei Seuffert, Bd. VI, 16 und den Bescheid des O.-A.-G. Kassel v. 25. Juni 1861 bei Seuffert, Bd. XIV, 214.

der Person des Niessbrauchers zu trennen.[113]) (l. 19 D. fam. erc. 10, 2: nec enim a personis discedere sine interitu sui potest). Denn die constitutive Succession erschöpft keineswegs das Mutterrecht, noch nimmt sie ihm einzelne Bestandteile; das neu entstandene Recht bewirkt nur, dass das Stammrecht so lange beschränkt erscheint, als jenes besteht.

Ist demnach das Pfandrecht des Gläubigers, welches vom Niessbraucher auf Grund seines Niessbrauchsrechts bestellt ist, durch einen Successionsakt entstanden zu denken, so sind die Consequenzen im Fall einer Confusion des Niessbrauchs nicht schwer zu finden. Das Recht des Niessbrauchspfandgläubigers ist, einmal begründet, unabhängig von seinem Stammrecht, dem Niessbrauch und von dessen Schicksalen.

„Kraft[114]) seines Ursprungs ist sein Bestand nur gefährdet durch die dem Recht des Auktors im Zeitpunkt der Succession anhaftenden Mängel und Todeskeime, nicht auch durch dessen spätere Schicksale". Daher erlischt das Pfandrecht, sobald der Niessbraucher stirbt;[115]) ist doch der Tod des Niessbrauchers unzweifelhaft eines von jenen voraussehbaren und unvermeidlichen Ereignissen, die einem jeden Niessbrauch ein Ende bereiten.

Eine Confusion des Niessbrauchs, ein juristischer Akt, der weder vorausgesehen, noch voraussehbar ist, darf das Recht des Pfandgläubigers nicht tangieren. Der Confusion gegenüber muss es seine ihm durch den Successionsakt aufgedrückte Unabhängigkeit behaupten und so ist die Confusion in ihren Wirkungen eine relative". Wenn der Niessbrauch auch dem Eigentümer erloschen ist, für den Pfandgläubiger besteht er relativ fort.[116])[117]).

---

[113]) Daher auch nicht Teile von ihm abgelöst werden könnten.

[114]) Exner a. a. O.

[115]) l. 8 D. quib. mod. pign. 20, 6 denkt gewiss allein an diesen häufigsten Fall; so mit Recht Windscheid a. a. O., S. 751.

[116]) Auch Ihering a. a. O., S 451, nimmt einen Fortbestand der Servitut an. Seine Behauptung jedoch, dass die Servitut auch dem Eigentümer gegenüber fortdauert, halte ich nicht für gegründet. Vgl. auch Friedmann a. a. O., S. 12, 13.

[117]) Exner, mit dem ich bis zum Schlusse im wesentlichen übereinstimme, leugnet jedwedes Fortbestehen der Servitut. Wenn er aber dem Pfandgläubiger nach Eintritt der Confusion in Ansehung des verpfändeten Niessbrauchs dieselben Rechte giebt, wie er sie schon vor der Confusion hatte, so scheint er mir nur den Ausdruck zu vermeiden, ohne sich sonst anders zu entscheiden.

In gleicher Weise[118]) wird man sich für eine relative Fortexistenz bei der Verpfändung eines praedium dominans entscheiden. Auch hier schafft der Successionsakt dem Pfandgläubiger eine Rechtsmacht über das Grundstück und die dem Eigentümer desselben zustehende Servitut, die in ihrem Fortbestande (relativen) nicht durch eine in der Person des Verpfänders eintretende Confusion angegriffen werden kann.

Unter Anwendung derselben, für den Fall der Servitutenverpfändung entwickelten Sätze ist ein relatives Fortbestehen der Servitut anzunehmen, wenn die belastete Sache vom Eigentümer verpfändet worden ist (nuda proprietas pignori data, praedium serviens pignori datum), und alsdann Confusion eintritt. Die unabhängige Existenz, welche das Pfandrecht nach seiner Begründung führt, bleibt unberührt davon, dass der Eigentümer der belasteten Sache und der Niessbraucher bezw. der Eigentümer des praedium dominans ein und dieselbe Person wären.

So wenig, wie in dem vorhergehenden Fall der Pfandgläubiger durch eine Confusion der Servitut Schaden leiden konnte, so wenig berührt den Eigentümer im Fall der Verpfändung der belasteten Sache eine etwa eintretende Confusion. Der Pfandgläubiger behält das Recht, im Falle der Nichtbefriedigung die belastete Sache zu verwerten, muss aber den confundierten Niessbrauch respektieren, der dem Eigentümer erhalten bleibt.

Für l. 18 § 1 D. de pign. act. vel contra 13, 7, welche mit der vorgetragenen Ansicht im Widerspruch zu stehen scheint (si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit), empfiehlt sich eine restriktive Interpretation. Man wird wohl annehmen dürfen, dass der Jurist hier nur die natürlichen berechenbaren Erlöschungsarten des Niessbrauchs ins Auge gefasst hat. Ist doch vor allem in Erwägung zu ziehen, dass bei Verpfändung der nuda proprietas gewiss auf das spätere Anfallen des Niessbrauchs Rücksicht genommen wird. Denn dass er anfällt, ist gewiss, nur ist nicht vorauszusehen, wann dies geschieht. Andererseits ist es doch keineswegs naturnotwendig und bei der Verpfändung in Betracht zu ziehen, dass der Niessbraucher bei Gelegenheit durch Erwerb des Eigentums der belasteten Sache eine Confusion herbeiführt.

---

[118]) Dieser Fall hat nichts mit der Unverpfändbarkeit der Servituten zu schaffen.

Litteratur.

v. Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. Stuttgart 1883.
Avenarius: Der Erbschaftskauf. Leipzig 1877.
d'Avezan: Servitutum liber. Aureliae 1750.

Bauer: Responsa ad quaestiones dubias. Leipzig 1801.
v. Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1873.
Büchel: Abhandlungen. Marburg 1836.
Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts. Bonn 1853.
Brinkmann: Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander. Kiel 1855.
Bürkel: Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch. München 1864.
Bremer: Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. Leipzig 1867.
v. Bülow: Abhandlungen. Braunschweig 1818.
v. Blume: Die Übertragung des Niessbrauchs in Ihering's Jahrb. Bd. 34.
Caepolla: Tractatus de servitutibus. Lausanne 1737.
Cujacius: Opera omnia. Neapel 1728.
Charondas: Ad tit. de verb. obl. scholia bei Otto thesaurus. Bd. 1.

Dernburg: Das Pfandrecht. Halle 1860.
Dernburg: Pand. IV. Aufl. Berlin 1894.
Donellus: Commentariorum de iure civili tom. III in opera omnia (ed Hilliger). Lucae 1763.
Exner: Kritik des Pfandrechtsbegriffes. Leipzig 1873.
Elvers: Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.

Faber: De erroribus pragmaticorum. Lugduni 1598.
Friedmann: Die Wirkungen der Confusio. Berlin 1884.
Frantzkius: Commentarius ad pandectas. Argentorati 1644.
Franke: Civilistische Abhandl. Göttingen 1826.
Fritz: Erläuterungen. Freiburg 1833.
Fucier-Herman: Le code civil annoté. Paris 1855.

Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. Greifswald 1837.
Glück: Erläuterung der Pandekten.

Heimbach: Rechtslexikon für Juristen.
v. **Holzschuher**: Theorie und Kasuistik. 2. Aufl. Leipzig 1857.
Hartmann: Rechte an eigner Sache in Ihering's Jahrb. Bd. 17.
Huber: Eunomia Romana Franequerae.
Hoffmann: Die Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838
Huschke: Von der Verpfändung der Sachen, deren Eigentümer man nicht ist, in der Giessener Zeitschrift. Bd. 20.
v. **Ihering**: Passive Wirkungen der Rechte in seinen Jahrbüchern. Bd. 10.
v. **Jungenfeld**: Über das Pfandrecht an eigner Sache. Giessen 1827.

v. **Keller**: Grundriss zu Vorlesungen. Berlin 1854—58.
Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1856.
Kori: Erörterungen praktischer Rechtsfragen. 2. Aufl. Dresden und Leipzig 1836/37.
Kohler: Pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882
Kohler: Gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883.
v. **Kulpis**: Dissertationum academicarum volumen. Argentorati 1705.
Kuntze: Die Obligation und die Singularsuccession. Leipzig 1886.

Laurent: Cours élémentaire de droit civil. Bruxelles—Paris 1878.
Lauterbach: Dissertationes academicae. Tubingae 1777.
Leeuven: Censura forensis. 3. Aufl. Amsterdam 1685.
Luden: Lehre von den Servituten. Gotha 1837.

Matthiae: Kontroversenlexikon.
Mausbach: Der Niessbrauch an Forderungen. Marburg 1880.
Molitor: La possession et les servitudes. 2. Aufl. Gand 1868.
Mornatius: Observationes. Paris 1721.
Münter: Von den Servituten. Hannover 1806.
Muther: In fr. VI. Communia praediorum commentatio. Erlangen 1858.
Pfaff: Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung. Wien 1866.
Pfaff: In Grünhut's Zeitschr. Bd. 1 über Exner's Kritik.
Pardessus: Traité des servitudes. Paris 1810.

Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.
Rosshirt: Abhandlungen. Heidelberg 1837.
Rosshirt: Lehre von den Vermächtnissen. Heidelberg 1835.
Rücker: Observationes. Lugduni Batavorum 1749.

Rümelin: Teilung der Rechte. Freiburg und Tübingen 1883.
Riesser: Über Resolutivbedingungen in der Giessener Zeitschrift. Bd. 8.
Alb. Schmid: Grundlehren der Cession. Leipzig 1867.
And. Schmid: Handbuch des gemeinen deutschen Rechts.
Schilter: Praxis. Leipzig und Jena 1677.
Schrader: Civilistische Abhandlungen. Weimar 1816.
Schweppe: Römisches Privatrecht. 4. Aufl. Göttingen 1833.
Sintenis: Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Jena 1836.
Seuffert: Praktisches Pandektenrecht Würzburg 1852.
Sohm: Lehre subpignus. Rostock 1864.
Steinlechner: Das Wesen der juris communio. Insbruck 1876.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatr. 2. Aufl. Berlin 1883.
Thibaut: System des Pandektenrechts. 8. Aufl. Jena 1834.
Vering: Römisches Erbrecht. Heidelberg 1861.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1863.
Voet: Commentarius. Coloniae Allobrogrum. 1769.
Westphal: De libertate et servitutibus praediorum. Leipzig 1773.
Wächter: Pand. Leipzig 1880/81.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt 1891.
Zachariae: Handbuch des franz. Civilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1894.